

Mistenktes rett til dokumentinnsyn i straffesaken

Kandidatnr: 347

Veileder: Geir Evanger

Leveringsfrist: 25. november 2004

Til sammen 17 193 ord

29.06.2005

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	TEMA OG PROBLEMSTILLING	1
1.2	RETTSKILDER OG METODE	1
1.3	DEN VIDERE FREMSTILLING	2
<u>2</u>	<u>DE SENTRALE HENSYN BAK INNSYNSRETTE OG</u>	
	<u>MENNESKERETTIGHETENE</u>	<u>3</u>
2.1	KONTRADIKSJONSPRINSIPPET OG PARTSOFFENTLIGHETSPRINSIPPET	3
2.2	MENNESKERETTIGHETENE	4
<u>3</u>	<u>INNSYNSRETTE PÅ ETTERFORSKNINGSSTADIET - § 242</u>	<u>6</u>
3.1	INNLEDNING – FORUTSETNINGER – AVKLARINGER	6
3.2	NÅR STARTER ETTERFORSKNINGEN	6
3.3	SAKENS DOKUMENTER	8
3.3.1	HVA ER ET ”DOKUMENT”	8
3.3.2	HVA ER ”SAKENS” DOKUMENTER	10
3.4	SKADE ELLER FARE FOR ETTERFORSKNINGENS ØYEMED	17
3.4.1	HVA ER ”ETTERFORSKNINGENS ØYEMED”	18
3.4.2	NÅR ER DET TIL ”SKADE ELLER FARE” FOR ETTERFORSKNINGENS ØYEMED	18
3.4.3	GRUNNLEGGENDE OPPLYSNINGER OM MISTANKEN	24
3.5	SKADE ELLER FARE FOR TREDJEMANN	25
3.5.1	HVEM ER ”TREDJEMANN”	26
3.5.2	NÅR ER DET TIL ”SKADE ELLER FARE” FOR TREDJEMANN	26
3.6	KOMMUNIKASJONSKONTROLL (KK)	27
3.7	RIKETS SIKKERHET OG FORHOLD TIL FREMMED STAT	28
3.8	ANONYM VITNEFØRSEL	29
3.9	DOKUMENTER SOM BARE GJELDER ANDRE MISTENKTE	30
3.10	OFFENTLIG FORSVARERS UTVIDEDE RETT TIL DOKUMENTINNSYN	31
3.11	INNSYN FOR FORSVAREREN MOT TAUSHETSPLIKT	34
3.12	GJENNOMFØRING AV INNSYNSRETTE	34

<u>4</u>	<u>INNSYNSRETT ETTER AT TILTALE ER TATT UT</u>	<u>36</u>
4.1	INNLEDNING	36
4.2	RIKETS SIKKERHET OG FORHOLD TIL FREMMES STAT	37
4.3	DOKUMENTER SOM BARE GJELDER ANDRE TILTALTES FORHOLD	38
4.4	ANONYM VITNEFØRSEL	38
4.5	OPPLYSNINGER SOM ER HOLDT TILBAKE ETTER § 242A	39
4.5.1	BAKGRUNN	39
4.5.2	VILKÅRENE	40
4.5.3	DEN PRAKTISKE ANVENDELSE	42
4.5.4	PROBLEMSTILLINGER	43
<u>5</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>45</u>
5.1	OPPSUMMERING	45
5.2	RETTSPOLITISK VURDERING	46
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>49</u>

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Tema i oppgaven er mistenktes rett til dokumentinnsyn i straffesaken. Her ligger ofte en interessekonflikt der påtalemyndigheten vil holde tilbake dokumenter, mens mistenkte ønsker innsyn. Det er rettstilstanden i disse kryssende hensyn som er kjernen i oppgaven.

Den klare hovedregelen er at mistenkte har full rett til innsyn i alle sakens dokumenter under hele straffesakens gang. Dette er lovfestet i lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) §§ 242, 264 og 267.

Den første hovedproblemstillingen i oppgaven blir å se *når* mistenkte har innsynsrett og *hva* har han rett til å se. Den andre hovedproblemstillingen blir å se i hvilken grad påtalemyndigheten kan holde tilbake dokumenter under straffesakens gang, eller med andre ord hvor langt unntakene fra hovedregelen strekker seg i dag.

Alle lovhenvisninger i denne oppgaven svarer til straffeprosessloven dersom jeg ikke angir noe annet.

1.2 Rettskilder og metode

Spørsmålet om mistenkte skal nektes dokumentinnsyn eller ikke er et rettslig spørsmål som må løses ut fra de alminnelige rettskildeprinsipper. Innsynsretten er regulert ved lov og lovteksten blir derfor en sentral relevant rettskilde.

Videre er forarbeidene en relevant rettskilde. Forarbeidene jeg har trukket frem er innstillingen fra straffeprosesslovkomiteen (strpl.kom.innst.), Ot.prp. nr. 35 (1978-79) om lov om rettergangsmåten i straffesaker, Inst. O. nr. 37 – 1980-81, Ot.prp. nr. 24 (2002-2003) om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (begrensninger i adgangen til dokumentinnsyn og bevisførsel),

Ot.prp. nr. 40 (1999-2000) om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv. (tiltak for å beskytte aktørene i straffesaker mot trusler og represalier mv.) og Ot.prp. nr. 64 (1998-99) om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv. (etterforskningsmetoder mv.)

Rettspraksis er videre en viktig rettskilde i denne oppgaven. Særlig er kjennelser av høyesteretts kjæremålsutvalg av betydning.

Rettskildene ulovfestet rett og reelle hensyn har også hatt sin betydning for rettstilstanden og er relevante faktorer i dokumentinnsynsretten.

Innsynsretten er også regulert i menneskerettighetene, og særlig i EMK art. 6. Når jeg trekker frem dette følger jeg den metode som gjelder for folkeretten og som EMD har fulgt.

1.3 Den videre fremstilling

I den videre fremstillingen av oppgaven vil jeg først se på de bærende hensyn bak hovedreglen og kort komme inn på menneskerettighetene. Deretter skal jeg ta for meg unntakene i tiden saken er under etterforskning og etter at tiltale er tatt ut. Tilslutt avslutter jeg oppgaven med kort oppsummering og en rettspolitisk vurdering av rettstilstanden.

2 De sentrale hensyn bak innsynsretten og menneskerettighetene

2.1 Kontradiksjonsprinsippet og partsoffentlighetsprinsippet

Det er det kontradiktoriske prinsipp som er det store tunge hensynet bak innsynsretten. Prinsippet er hjemlet i den ulovfestete rett og følger av lang og fast rettspraksis. Både i teorien og i rettspraksis legges det til grunn at kontradiksjonsprinsippet er en grunnleggende prosessuell rettighet som skal ivareta rettssikkerheten. Det er sikker rett at prinsippet er forutsatt i Grunnloven § 96 og i en rekke formelle lover som for eksempel strpl. § 92 første ledd andre punktum der prinsippet kommer klarest til uttrykk. Her befinner vi oss i kjernen når bestemmelsen sier at ”Siktede skal gis anledning til å gjendrive de grunner som mistanken beror på, og anføre de omstendigheter som taler til fordel for ham.”

Andenæs beskriver det kontradiktoriske prinsipp som ”retten til å ta til motmæle”, (Andenæs 1995 s. 56). Hov beskriver prinsippet på denne måten: ”det ikke skal avsies dom eller treffes andre viktige avgjørelser uten av partene har fått anledning til å uttale seg”, (Hov 1999, Rettergang I, s. 75). Konvensjonspraksis har formulert det slik at begge parter må gis anledning til å ha kunnskap om og kommentere anførsler og bevis fra begge sider, (Møse 2002 s. 342). Kontradiksjonsprinsippet er altså et uttrykk for en rettferdighetstanke. Det ville stride mot våre rettferdighetssanser om en part ikke fikk uttale seg i saken før avgjørelse ble tatt. Dette er så grunnleggende og iboende i oss at noen nærmere begrunnelse ikke er nødvendig.

De forskjellige måter å beskrive prinsippet på endrer ikke prinsippets innhold. Jeg synes Andenæs sin formulering er fin og kommer til å bruke den videre i oppgaven.

En slik rett til kontradiksjon har ingen verdi hvis den blir stående alene. Det må samtidig gis regler som gir mistenkte reelle muligheter til å ta til motmæle. Uten slike regler ville prinsippet vært illusorisk. Siktede er derfor gitt en rekke rettigheter som blant annet retten til å la seg bistå av forsvarer på ethvert trinn i straffesaken jf. § 94, rett til å bli innkalt til rettsmøter jf. §§ 86 1.ledd, 243 og 275, retten til å bli orientert om de

bevis som påtalemyndigheten vil føre i saken jf. § 264 1.ledd og retten til å eksaminere vitner jf. § 135.

Tilsvarende er det med partsoffentligheten. Med partsoffentlighet menes partenes adgang til å være til stede i alle rettsmøter og til å gjøre seg kjent med alle dokumenter i saken, jf. Andenæs 1995 s. 134. Det er en naturlig følge av mistenktes rett til å uttale seg at han får innsyn i saksdokumentene. Han må få anledning til å vite hva han skal ta til motmæle mot. Uten slik partsoffentlighet har man ikke noen virkelig gjennomføring av det kontradiktoriske prisnipp.

Det kontradiktoriske prisnipp favnet derfor over en rekke andre rettigheter, herunder dokumentinnsynretten, og ligger som et teppe bak prosessreglene. Prinsippet står like sterkt og gjelder under hele straffesakes gang, men det finnes andre viktige hensyn, i sær på etterforskningsstadiet, som gjør seg gjeldene og må veies opp mot retten til kontradiksjon.

2.2 Menneskerettighetene

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) § 3 gir Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 4. november 1950 (EMK) og FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) forrang ved motstrid med norsk lov. Det er særlig EMK art 6 som omhandler innsynsretten. SP art 14 har i mindre grad vært påberopt og bestemmelsen er derfor ”mindre utpenslet enn praksis etter EMK art 6.” (Møse 2002 s. 298). Jeg vil derfor trekke frem denne bestemmelsen i det følgende.

EMK art 6 gir ingen direkte hjemmel til dokumentinnsyn. Men det følger av nr. 1 at mistenkte har krav på ”fair hearing” (rettferdig rettergang). Den Europeiske Menneskerettighetsdomstol (EMD) har lagt til grunn at i dette begrepet ligger det et krav om ”equality of arms” (likestilling mellom partene). I straffesaker, der påtalemyndigheten har ansvaret for etterforskningen og har hjemler til for eksempel å benytte seg av tvangsmidler, må dette modifiseres. Det er søkt å utjevne ulikhetene med blant annet prinsipper om at enhver rimelig til skal komme tiltalte til gode og at det er påtalemyndigheten som har bevisbyrden. Forskjeller utover dette, som for eksempel manglende innsynsrett, vil kunne anses som brudd på prinsippet om ”equality of arms”.

EMK art. 6 nr. 3 fastslår elementer av hva som skal ligge i kravet om rettfærdig rettergang. I bokstav b gis mistenkte som en minsterettighet rett til "adequate time and facilities for the preparation of his defence" (tilstrekkelig tid og mulighet til å forberede sitt forsvar). I dette ligger et krav om å få se sakens dokumenter fordi mistenkte ikke har mulighet til å forberede sitt forsvar dersom han ikke får se hva han skal forsvare seg mot. Denne regelen sett sammen med kravet om "equality of arms" gir den som er "charged" (siktet) for en straffbar handling rett til dokumentinnsyn.

Det følger ingen regler i art. 6 om adgangen til å gjøre unntak fra innsynsretten. En begrensning følger likevel av ordlyden ved at mistenkte bare har krav på "tilstrekkelig" mulighet til å forberede sitt forsvar. Det kan lett tenkes dokumenter som påtalemyndigheten har, men som mistenkte ikke trenger å se for å oppfylle kravet til tilstrekkelig muligheter. Art. 6 nr. 3 må dessuten også leses i lys av rimelighetsstandarden som kommer til uttrykk i nr. 1. Dette gir rom for unntak fra hovedregelen i den innsynsretten da ikke strekker seg lengre enn hva som er rimelig. EMD har videre godtatt unntak fra innsynsretten, i for eksempel Haase-saken fra 1978 ble det akseptert begrensninger av hensyn til rikets sikkerhet, se Ot.prp. nr. 24 (2002-2003) side 20 som også viser til Jørgen Aall, *Rettergang og menneskerettigheter*.

3 Innsynsretten på etterforskningsstadiet - § 242

3.1 Innledning – forutsetninger – avklaringer

Det er § 242 som hjemler innsynsretten på etterforskningsstadiet, jf. ”mistenkte... skal... gis adgang til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter”. Men før innsynsretten tar til er det en forutsetning at politiet har drevet etterforskning, se punkt 3.2 i denne oppgaven. Videre er det bare i ”sakens dokumenter” det kan kreves innsyn i, se punkt 3.3. Og til slutt har han bare innsynsrett så langt ingen unntak kommer til anvendelse, se punkt 3.4 til 3.9. Offentlig forsvarer har innsynsrett på tross av noen av unntakene, se punkt 3.10, og dokumenter kan klausuleres, se punkt 3.11.

§ 242 bruker ordet ”mistenkte”. Mistenkte er en formell betegnelse på den eller de personer etterforskningen retter seg mot. Med status som ”mistenkt” følger en rekke rettigheter som blant annet retten til å se sakens dokumenter. Etter § 82 får den mistenkte stilling som ”siktet” når påtalemyndigheten har erklært ham for siktet eller når forfølgning mot ham er innledet ved retten eller det er besluttet eller foretatt tvangsmidler mot ham. Med status som siktet følger de samme rettigheter som mistenkte har, men siktede har i tillegg noen ekstra rettigheter. Disse ekstra rettighetene berører ikke dokumentinnsynsretten. Det vi si at § 242 også gjelder for den som er ”siktet”. For enkelhets skyld vil jeg i det følgende konsekvent bruke ordet mistenkte selv om den rette statusen i noen tilfeller skal være siktede.

3.2 Når starter etterforskningen

Det er bare dokumenter fra etterforskningen det kan kreves innsyn i etter § 242. Politiet driver en rekke arbeid som ikke er etterforskning. For eksempel driver de ordenstjeneste, forebyggende arbeid, arbeid i forbindelse med redningstjeneste eller arbeid hva gjelder bistand til andre offentlige etater. Dokumenter fra disse typer arbeid faller utenfor § 242.

Ettersom det bare er etterforskningsdokumenter det kan kreves innsyn i, er det en forutsetning at etterforskning er satt i verk. Det er derfor av betydning å avgjøre

skjæringspunktet for når etterforskningen starter. Det er påtalemyndigheten som i prinsippet skal beslutte å starte etterforskning. Dette følger forutsetningsvis av § 225 første ledd i det § 67 første ledd gir "politiet" kompetanse til å "etterforske og reise siktelser i alle saker. "Politiet" må her vise tilbake til § 55 nr. 3 som sier hvem påtalemyndigheten er.

I det store flertall av straffesaker er det uproblematisk å si når dette skjæringspunktet er. Utgangspunktet er § 224. Dersom den virksomhet politiet driver er satt i verk for å avklare om straffbart forhold er begått eller begås, må det ansees som etterforskning. Politiet kan bare innehente slik informasjon, og skal til en viss grad gjøre det, dersom det er "rimelig grunn til å undersøke om det foreligger straffbart forhold som forfølges av det offentlige" jf. § 224 første ledd. Et typisk eksempel vil være at en fornærmet som har vært utsatt for innbrudd møter på en politivakt. Når politiet tar i mot anmeldelsen og saken blir registrert i straffesaksregisteret (STRASAK) har etterforskningen startet. Et lite unntak her er hvis opplysningene er så vag at politiet må innhente ytterligere informasjon for å avklare om "rimelig grunn" vilkåret er oppfylt.

Også § 226 første ledd, som definerer formålet med etterforskningen, kan trekkes inn for nærmere å avklare når etterforskningen starter. Formålet er etter § 226 å etablere grunnlag for påtalemyndighetens og domstolenes stilling til straffeskyld.

Riksadvokatens rundskriv del II – nr. 3/1999 definerer formålet nærmere under punkt 2: "Avgjørende for om en virksomhet er etterforskning er dens formål. Er siktemålet å avklare om straffbart forhold finner eller har funnet sted, og i tilfelle hvor, når og hvem som er ansvarlig, er virksomheten å anse som etterforskning." Dette vil klart være tilfelle i den virksomheten politiet driver etter å ha mottatt en anmeldelse, eller når politiet selv har kommet over et mulig straffbart forhold.

Mer problematisk er det når politiet selv leter opp de straffbare forhold. Spørsmålet blir hvor langt politiet kan gå i dette før de driver etterforskning. La oss si at politiet ønsker å kartlegge et område for å se om det er behov for å sette inn resurser nettopp der. To politimenn setter seg et stykke unna og filmer stedet med håndholdt videokamera med en effektiv zoom funksjon slik at de kan se detaljer. Etter litt ser de at den kjente kriminelle Lars Holm kommer innom. Dette finner de interessant og følger så ubemerket etter Lars og ser at han går til et sted han har gjemt unna noe

tjenestemennene tror er narkotika. Der oppretter de en spaningspost for å se om andre komme tilstedet. Når den enda mer kjente kriminelle Peder Ås kommer og henter stoffet pågriper de begge to. Spørsmålet blir når etterforskningen i dette tilfellet startet.

For å finne svaret må vi se om siktemålet med virksomheten var å avklare om straffbart forhold finner eller har funnet sted. I utgangspunktet var siktemålet etterretning, men da de spanet på skjulestedet må formålet med etterforskning kunne sies å være oppfylt – de skulle se hvem som hadde befatning med narkotikaen. Noe mer tvilsomt var det da de fulgte etter Lars til skjulestedet. Antagelig hadde ikke politimennene etterforskning i tankene da de fulgte etter, men snarere et håp om å avdekke noe de kriminelt. De hadde i alle fall ikke kunnskap om at et straffbart forhold var, eller ville bli begått. Det må ut fra dette sies at det ikke var etterforskning ved denne forfølgelsen.

Konklusjonen er at dett er en uskarp grense for når etterforskningen starter. Det må antagelig kreves at det må være et visst system i innhenting av informasjonen, og at formålet med virksomheten må være å avdekke straffbare forhold.

3.3 Sakens dokumenter

Det er bare ”sakens dokumenter” mistenkte har rett til innsyn i, jf. § 242 første ledd. Alt annet faller utenfor og begrepet danner derfor en ramme rundt innsynsretten. Det blir derfor viktig å avgjøre innholdet av begrepet. Selv om noe skulle falle utenfor begrepet kan påtalemyndigheten likevel gi mistenkte innsyn i dette, men de har ingen plikt til å gjøre det.

3.3.1 Hva er et ”dokument”

Innsynsretten gjelder i ”dokumenter” til forskjell fra opplysninger. Opplysningene må forligge i et dokument for at retten til innsyn skal ta til. Det er normalt uproblematisk i straffesaken å avgjøre hva som er et dokument. Rent språklig sett betyr dokument et skriftstykke som er av betydning for en sak, jf. Kunnskapsforlagets Norsk Ordbok. Videre vil kart, skisser, bilder og fotografier dekkes av dokumentbegrepet. Det står ingenting i forarbeidene til straffeprosessloven om hva som legges i dette begrepet. Vi må derfor til andre kilder for å kartlegge dets innhold.

På grunn av den rivende utviklingen med elektronisk databehandling kan det språklig sett være problematisk å operere med ordet ”dokument”. En for snever fortolkning vil lett stride med bestemmelsens formål, nemlig kontradiksjon og partsoffentlighet. Det oppstår stadig nye måter å lagre informasjon på, det som tidligere ble skrevet ned blir nå oftere lagret elektronisk. Dette taler for at dokumentbegrepet ikke kan være et statisk begrep, men må tilpasse seg samfunnsutviklingen på en dynamisk måte. Dette gjør at også det som språklig sett ikke er et dokument likevel vil falle inn under begrepet.

På beslektede rettsområder har vi i forvaltningsloven § 2 bokstav f) en ny definisjon på ”dokument” som kom i 2002. Den definerer dokument som ”en logisk avgrenset informasjonsmengde som er lagret på et medium for senere lesing, lytting, framføring eller overføring”. Denne formuleringen er den samme som ble tilføyd samme år i offentlighetsloven § 3 første ledd. I forarbeidene til denne bestemmelsen (Ot.prp.nr.56 1999-2000 pkt. 4.6) fremgår det at det er med hensikten at ordlydene er like i de to bestemmelsene, og at begrepet i forvaltningsloven ikke skal være snevrere enn i offentlighetsloven.

Et ”medium” vil språklig sett være noe mer enn et papir. CD plater og DVD plater er således et ”medium”. Tilsvarende er en harddisk et ”medium”, og det vil si at også det som er lagret der faller inn under ”dokument”.

Videre i forarbeidene sies det: ”Lovendringen vil medføre at dokumentbegrepet og dermed innsynsretten også omfatter elektroniske dokumenter som består av en kombinasjon av tekst, lyd og bilde (såkalte multimediadokumenter) og audiovisuelle informasjonsbærere som f.eks. videofilm og lydbånd.”

For å harmonisere dokumentbegrepet i straffeprosessloven med beslektede rettsområder taler dette for å tolke dokumentbegrepet i straffeprosessen utvidende.

Det kan stilles spørsmål ved om gjenstander skal anses som ”dokumenter”. Politiet beslaglegger for eksempel en pistol som de mener gjerningsmannen brukte under et ran. Spørsmålet blir om denne pistolen et ”dokument” i saken. Svaret er nok at gjenstander ikke er dokumenter, men det er like fullt et bevis. I straffesaken vil det foreligge en beslagsrapport som beskriver gjenstanden, og denne rapporten er et dokument. Men det

må være klart at dersom mistenkte ber om å få se gjenstanden kan det ikke være noe i veien for det.

Konklusjonen blir at ordet ”dokumenter” i § 242 er et elastisk begrep som må tolkes utvidende, men at det må gå en grense ved gjenstander.

3.3.2 Hva er ”sakens” dokumenter

Det mer omdiskuterte spørsmålet er hvilke dokumenter som tilhører ”sakens” dokumenter. Problemstillingen ligger her i om det finnes dokumenter som politiet og påtalemyndigheten har, men som det ikke kan kreves innsyn i fordi de ikke tilkommer ”saken”.

Den språklige forståelsen av ”saken” er straffesaken som mistenkte er mistenkt i. Alle dokumenter som finnes i straffesaken tilhører ”sakens dokumenter”. Mer gir ikke ordlyden oss.

Rt. 2003 s. 648 tar utgangspunkt i dokumentlisten. I originalsaken hos politiet blir alle dokumenter som legges i saken ført opp i en hoveddokumentliste som ligger først i saksbunken. De dokumenter som er oppført her tilkommer ”sakens dokumenter”. Juridisk teori tar også utgangspunkt i denne dokumentfortegnelsen (se for eksempel Bjerke og Keiserud 2001). Er et dokument ført opp her, kan ikke politiet senere ta det ut for å forhindre at mistenkte får se det. Dokumentet blir bundet til saken.

Rettspraksis har lagt til grunn at såkalte ”interne dokumenter” ikke tilkommer sakens dokumenter. Dette ble uttalt i to rettsavgjørelse fra 1970 tallet, se høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse av 7.juli 1977 og Eidsivating lagmannsretts kjennelse av 30. januar 1978 som la til grunn at dokumenter som inneholdt opplysninger som ikke ble ansett som nødvendige for sakens fullstendige opplysning var ”interne” dokumenter som forsvareren ikke kunne kreve innsyn i. Dette var i forhold til den tidligere loven, men tilsvarende må legges til grunn også i straffeprosessloven av 1981. Her gjøres altså et skille mellom ”sakens” dokumenter og ”interne” dokumenter. Senere rettspraksis har holdt på dette skillet.

Spørsmålet videre blir hvilken vurdering som skal legges til grunn i avgjørelsen av om et dokument er et internt dokument som kan holdes utenfor innsynsretten eller om det er et dokument som faller inn under ”sakens dokumenter” og således er gjenstand for innsynsrett.

I Rt. 1993 s. 1121, under drøftelsen av politiets interne notater på side 1126, uttalte utvalget at ”politiet må ha en viss skjønnsmessig adgang til å vurdere hvorvidt arbeidsnotater om tips som mottas fra publikum, tysteropplysninger mv skal gjøres til sakens dokumenter og dermed falle inn under §242, eller om de bare skal brukes som utgangspunkt for etterforskningen”. Andenæs skriver også at ”politiet må ha en viss skjønnsmyndighet til å vurdere hva som i det hele skal gjøres til dokument i saken” (Andenæs 1995 side 298). Det er altså i utgangspunktet politiet som tar vurderingen, men det er klart at denne kan overprøves av retten, jf. § 242 tredje ledd.

I Rt. 1991 s. 1142 uttalte kjæremålsutvalget: ”For såkalte interne dokumenter, dvs. dokumenter som ikke oppfattes som sakens dokumenter i lovens forstand, er innsynsretten begrenset”. Videre uttalte de: ”Hvilke begrensninger som her gjelder er kanskje noe uklart, Jeg antar at spørsmålet må vurderes i forhold til bevisavskjæringsregelen i straffeprosessloven § 292: Innsynsretten må i hver fall gjelde de dokumenter som ikke vil kunne nektes ført som bevis under hovedforhandlingen”.

Vurderingen knyttes altså opp til § 292. Denne bestemmelsen gjelder under hovedforhandlingen og da denne kjennelsen falt var ordlyden at det kan nektes å føre bevis dersom beviset er ”uten betydning for saken”, eller at det gjaldt forhold som allerede var tilstrekkelig bevist, eller at beviset åpenbart ikke hadde noe beviskraft.

Bestemmelsen om innsynsrett og bevisavskjæring under hovedforhandling har en sammenheng. Innsynsretten skal ivareta mistenktes forsvar (og ikke hans nysgjerrighet), og det dokument som verken skal brukes som bevis mot han eller for han under hovedforhandlingen, vil aldri kunne være et dokument som tjener hans forsvar. Og på den andre siden; de dokumenter som ikke kan avskjæres som bevis etter § 292, må i alle fall ligge under ”sakens dokumenter”. Noe annet ville stride med kontradiksjonshensynet og partsoffentlighetsprinsippet. Det mistenkte skal ta til motmæle mot er anklagen mot han og da kan ikke påtalemyndigheten holde tilbake

dokumenter med opplysninger som føres som bevis under hovedforhandlingen. Dette er for øvrig også påpekt i Rt. 2003 s. 648.

Den senere rettspraksis har holdt fast ved koblingen til § 292. En rettsavgjørelse fra 2002 er et eksempel på dette. I Rt. 2002 s. 246 var saken at politiet hadde mottatt dokumenter fra utenlandsk påtalemyndighet om opplysninger som førte til at en mistenkte ble pågrepet for oppbevaring av 35 kg. heroin. Påtalemyndigheten holdt tilbake disse dokumentene og mistenktes forsvarer begjærte innsyn. Kjøremålsutvalget uttalte i den anledning at "utvalget er enig i at vurderingstemaet for hva som faller utenfor begrepet "sakens dokumenter", knytter seg til rettens adgang etter § 292 til å nekte bevisførsel om forhold som er uten betydning for saken eller som det allerede foreligger tilstrekkelig bevis for. Det vises til Rt-1991-1142."

§ 292 annet ledd fikk ny ordlyd i juni 2002. Før stod det at bevis som er for hånden bare kan avskjæres såfremt det gjelder forhold som er "uten betydning for saken". På side 1146 i Rt. 1991 s. 1142 sier utvalget at "Avskjæring etter dette kriteriet i loven forutsetter at beviset gjelder irrelevante omstendigheter, det vil si at beviset ikke vedrører saken". At beviset ikke skal vedrøre saken er et forholdsvis strengt krav. Det skal ikke mye til før en kan si at dokument på mer eller mindre måte berører saken.

Den nye ordlyden som gjelder nå er at bevis bare kan nektes ført hvis det gjelder forhold som er "uten betydning for dommens innhold" jf. § 292 annet ledd første punktum bokstav a). Av forarbeidene til denne fremgår det at det siktes til opplysninger som verken har betydning for skyldspørsmålet eller for straffespørsmålet, se Ot.prp. nr. 66 (2001-2002) side 80 – 81. Dette er et mildere vilkår. Et bevis kan være uten betydning for skyldspørsmålet og straffespørsmålet selv om det vedrører saken. Det kan for eksempel tenkes at politiet spaner på Peder Ås og under spaningen ser de at Peder drar ut i skogen og graver opp 10 kg. amfetamin som han tar med seg bort til bilen sin og kjører av gårde. Politiet stanser så Peder på motorveien, finner narkotikaen og pågriper Peder. Det at politiet gjennom spaningen hadde skaffet seg opplysningene må sies å vedrøre saken, men det kan lett tenkes at dette ikke har noe å si i forhold til skyldspørsmålet; om Peder Ås er skyldig i å ha oppbevart 10 kg. amfetamin, jf. straffeloven § 162 tredje ledd, og straffespørsmålet; hva slags straff skal han få for dette.

Denne nye bestemmelsen er således en utvidelse av bevisavskjæringen. Spørsmålet blir om ”sakens dokumenter” i § 242 må vurderes etter bevisavskjæringsreglen i § 292 også etter lovendringen. I så fall har lovendringen i § 292 medført en innskrenkning av innsynsretten etter § 242.

Dette spørsmålet er ennå ikke direkte avklart i rettspraksis. Jeg vil derfor se på momenter som taler for og mot dette.

Et argument mot at den nye ordlyden får virkning også for innsynsretten etter § 242, kan være at det i forarbeidene til den nye ordlyden ikke nevnes noe om konsekvensene endringen vil få for dokumentinnsynsretten. Man skulle tro at når det foretas en slik endring som her ble gjort, at det da ble kommentert om virkningene dette ville få for andre bestemmelser. At dette ikke ble gjort kan være et argument for at slike virkninger ikke er tilsiktede virkninger.

Til støtte for at den nye ordlyden får virkning også for innsynsretten i § 242, vil jeg trekke frem den såkalte heroinsaken i Rt. 2002 s. 1049. Denne kjennelsen ble avsagt like før lovendringen i § 292. Her var nettopp påtalemyndighetens påstand at uttrykket ”uten betydning for saken” måtte tolkes som ”uten betydning for dommens innhold”. Påtalemyndigheten viste til den spesialregel som da stod i § 292 første ledd tredje punktum om at retten kunne bestemme at bevisførsel om fra hvilket sted politiet hadde foretatt observasjoner, ikke skal tillates, dersom retten antok at dette ville være ”uten betydning for dommens innhold”. Påtalemyndigheten mente at dette var et uttrykk for et generelt prinsipp slik at de kunne nekte innsyn i de dokumentene som ville bringe informantene i klar livsfare om mistenkte fikk se.

Uvalget konkluderte slik: ”Man står overfor spørsmålet om domstolene på ulovfestet grunnlag kan foreta en beskjæring av regelen i § 292 annet ledd annet punktum om at bevis bare kan nektes ført når det gjelder forhold som er uten betydning for saken, eller som allerede er tilstrekkelig bevist. Kjæremålsutvalget ser i og for seg vekten av de behov for tilbakeholdelse av dokumenter som påtalemyndigheten påberoper seg. Når disse behov skal holdes opp mot hensynet til sakens opplysning, står man imidlertid overfor vanskelige avveiningsspørsmål som det må høre under lovgivningen å ta stilling til”. Etter dette henla riksadvokaten hele saken.

Kjæremålsutvalget var altså ikke villig til å tolke ”uten betydning for saken” i § 292 utvidende da en slik tolkning ville gripe inn i den viktige retten mistenkte har til dokumentinnsyn jf. kontradiksjonsprinsippet. Et slikt inngrep mente de må tilfalle lovgiver å gjøre.

At påtalemyndigheten måtte henlegge saken på grunn av manglede hjemler for å nekte dokumentinnsyn førte til at lovgiver kom raskt på banen. Nye utvidede hjemler ble vedtatt i 2003. I forarbeidene til disse nye bestemmelsene blir det redegjort for gjeldende rett, se Ot.prp. nr.24 (2002-2003) side 12 og 13. Her sies det på side 14 under punkt 3.1.4 om innsyn etter at tiltale er tatt ut, at dokumenter bare kan unntas fra innsyn dersom der er ”uten betydning for dommens innhold, jf. koblingen med § 292, slik den nå lyder”. Forarbeidene uttrykker seg her klart at den nye ordlyden får betydning for innsynsretten.

Dette bygger de så videre på på side 15. Under punkt 3.2 om bevisavskjæring etter § 292, sies det: ”Etter § 292 annet ledd annet punktum, slik den lød før lovendringen, kunne det nektes ført bevis om fra hvilket sted politiet hadde foretatt observasjoner, dersom retten antok at dette var uten betydning for dommens innhold. I kjennelsen fra 5.september 2002 i den såkalte heroinsaken bemerket kjæremålsutvalget at dette var en konkret unntaksregel. Bestemmelsen kunne ikke brukes som hjemmel for å nekte innsyn der formålet var å beskytte politiets kilder. Slik loven lyder nå, vil alle typer av opplysninger kunne avskjæres etter § 292 dersom de er uten betydning for dommens innhold, også opplysninger om politiets kilder”. Dette vil være et moment som tilsier at innsynsretten ble innskrenket i takt med lovendringen i § 292.

Et argument i motsatt retning igjen kan være bestemmelsens rekkevidde i forhold til EMK. Dokumentinnsynsretten er beskyttet også gjennom EMK art 6. Når så § 292 ble endret skulle en tro at forholdet til EMK og dokumentinnsynsretten ble vurdert før innsynsretten ble innskrenket. Dette er ikke gjort. EMK kan derfor sette en skranke for, og vil i så fall være et argument for at endringen § 292 ikke skal ha betydning for § 242.

Et annet argument for at innsynsretten har blitt innskrenket er at sammenhengen mellom de to bestemmelsene gjør seg like mye gjeldende før som etter endringen i § 292. Dersom bevis lovlig kan avskjæres, gir det ikke noe mening at mistenkte skal ha rett til

innsyn i disse dokumentene – de skal jo ikke brukes som bevis mot han og kontradiksjonshensynet slår ikke til.

Under avsnitt (20) i HR-2004-01120-U, en kjennelse i det såkalte NOKAS ranet, viser kjeremålsutvalget til lagmannsrettens kjennelse der de uttaler: ”Lagmannsretten er enig i tingrettens vurdering her, og mener som et utgangspunkt at det med bakgrunn i den foreliggende siktelse vil ha betydning for forsvaret, både med hensyn til skyldspørsmålet så vel som reaksjonsfastsettelsen, at forsvarer gis innsyn i disse dokumenter”. Det ser ut til at retten her forutsetter at den nye ordlyden i § 292 gjelder også for innsynsretten fordi de henviser til skyldspørsmålet og straffespørsmålet som nettopp er det som har ”betydning for dommens innhold” som forarbeidene har påpekt.

Nå har jeg sett på for og mot argumenter for om innsynsretten har blitt innskrenket etter den nye ordlyden i § 292. Jeg finner at argumentene for slik forståelse må veie tyngst, særlig vekt har jeg lagt på den sistnevnte rettsavgjørelsen. Konklusjonen blir at ”sakens dokumenter” også etter lovendringen må sees i forhold til § 292.

En annen problemstilling er når det er flere mistenkte for samme lovbrudd. Etter § 242 fjerde ledd har den mistenkte ikke rett til å gjøre seg kjent med dokumenter som ”bare gjelder andre mistenktes forhold”. Spørsmålet blir om ”sakens dokumenter” for én av de mistenkte er noe annet enn ”saken dokumenter” for alle sett under ett.

I HR-2004-01120-U var 10 personer pågrepet og siktet. En av de siktedes forsvarer begjærte innsyn i alle sakens dokumenter, noe påtalemyndigheten nektet. Spørsmålet i saken var egentlig om den offentlige forsvarer kunne nektes innsyn og dette kommer jeg tilbake til under punkt 3.10 hvor jeg behandler denne saken mer inngående. Men retten uttalte seg noe om hva som er ”sakens dokumenter” som får betydning her. Retten viste til HR-2004-00915-U og la til grunn at innsynsretten gjelder i ”de dokumenter som gjelder siktedes sak”. Hva som er siktedes sak beskrev de som ”alle dokumenta som vedkjem eit lovbrót, sjølv om det kan vere unntak etter §242 fjerde ledd”. Dette viser at ”sakens” dokumenter forholder seg til lovbruddet slik at alle dokumentene, selv om noen av dem bare skulle gjelde en av mistenkte, faller inn under ”sakens dokumenter”.

En annen type dokument som ofte ligger i saken er oversendelses dokumenter. Ettersom laver påtalemyndighet har begrenset kompetanse til å ta ut tiltale i straffesaker, jf. §§ 64 til 67, må saken sendes til overordnet organ. I den oversendelsen legges ved et oversendelsesdokument med forslag til tiltale. Spørsmålet blir om dette tilkommer ”sakens” dokumenter.

Høyesteretts kjæremålsutvalg løste det spørsmålet i kjennelse innatt i Rt. 1993 s. 1077 (Bjugn saken). Saken her gjaldt siktedes innsyn i statsadvokatens innstilling til Riksadvokaten om påtalespørsmålet. Synspunktet var at slike innstillinger ikke er beviser, men vurderinger og overveielser. Utvalget tolket om en innstilling fra et underordnet organ innen påtalemyndigheten til det overordnede organ som skal treffe avgjørelse om tiltale, skulle falle inn under ”sakens” dokumenter. Utvalget fant at ordlyden ikke gav svar, ei heller fant de noe i forarbeidene. De løste spørsmålet ut fra reelle hensyn og så på hensynene bak forvaltingsloven § 18 annet ledd. De fant da at ”påtalemyndigheten har ... et klart behov for å kunne arbeide internt og uforstyrret med egne vurderinger før det tas beslutninger som meddeles utad. Det er ønskelig – og i store saker bortimot nødvendig – at et slikt arbeid kan skje på grunnlag av skriftlig utarbeidede innstillinger fra underordnet til overordnet påtalemyndighet, og det ville således være uheldig om innsynsreglene skulle tvinge påtalemyndigheten til andre arbeidsformer.” Dette argumentet veide tyngre enn den interesse siktede kan ha i å få innsyn i de foreløpige standpunktene som er innatt under påtalemyndighetens behandling.

Det siste spørsmålet jeg vil ta opp under dette punktet ligger under hvem som tar avgjørelsen av hva som skal være sakens dokumenter. Det er påtalemyndigheten som sitter med alle dokumentene i saken og er ansvarlige for at de blir lagt frem for innsyn. Spørsmålet blir hva som skjer hvis påtalemyndigheten urettmessig holder tilbake dokumenter. Den første konsekvensen er selvfølgelig at dokumentet blir fremlagt. Dessuten er den påtaleansvarlige under straffeansvar for grov uforstand i tjenesten etter straffelovens § 325 første ledd nr. 1. En feil vurdering kan i ytterste konsekvens være straffbar. Det finnes også mildere former for sanksjoner som for eksempel irettesettelse. Således har ikke påtalemyndigheten anledning til fritt å unnta dokumenter som skal være i saken. Snarer har de etter dette en plikt til å opplyse om dokumenter som ligger i gråsonen slik at forsvareren får anledning til kreve rettens avgjørelse. Skulle mistenkte

få nyss om at det ligger dokumenter utenfor saken som han har krav på å få se, risikerer altså påtaleansvarlig reaksjoner.

Konklusjonen av hva som er ”sakens dokumenter” blir at alle de dokumenter som følger av dokumentlisten faller innenfor begrepet. I tillegg er de interne dokumentene som har betydning for dommens innhold ”sakens dokumenter”. Når det er flere mistenkte for samme lovbrudd vil alle dokumentene som etterforskningen har ført med for hver av dem være ”sakens dokumenter” for alle. Oversendelsesdokumenter faller utenfor.

3.4 Skade eller fare for etterforskningens øyemed

§ 242 første ledd første punktum slår fast at mistenkte bare har rett til dokumentinnsyn i sakens dokumenter så fremt det kan skje uten ”skade eller fare for etterforskningens øyemed”. Dette er et unntak fra hovedregelen. Problemstillingen blir hva som er til skade eller fare for etterforskningens øyemed. Først vil jeg si noen ord om hva som er etterforskningens øyemed, for deretter å trekke grensen for når innsyn vil være til skade eller fare for dette. Men før jeg kommer til det vil jeg si litt om bakgrunnen for unntaket.

Unntaket beskytter etterforskningen. Etterforskning er viktig for å oppklare saker. Sett i et samfunnsperspektiv er det et mål å ha lovlydige borgere og straff er et virkemiddel for å oppnå dette. Straff kan bare ilegges hvis det ikke er rimelig tvil om at tiltalte er skyldig. Bevisbyrden ligger hos påtalemyndigheten. En slik streng bevisbyrde setter skarpe krav til bevisene. Etterforskningen skal innhente beviser som senere skal fremlegges under hovedforhandlingen. En snarlig innsynsrett i saken kan gjøre at beviser går tapt eller at de taper sin verdi. Derfor har lovgiver valgt å innskrenke innsynsretten til en viss grad til fordel for etterforskningen.

En nektelse av dokumentinnsyn på for å beskytte etterforskningen vil dessuten alltid være midlertidig. Så snart det ikke lenger er fare for etterforskningens øyemed kan ikke innsyn nektes på denne bakgrunn. Etter at tiltale er tatt ut eksisterer ikke en slik regel. Det er på denne bakgrunn at lovgiver på dette stadiet har latt kontradiksjonshensynet og partsoffentlighetshensynet vike.

3.4.1 Hva er "etterforskningens øyemed"

"Øyemed" betyr formål. Etterforskningens formål er å skaffe tilveie de nødvendige opplysninger for å avgjøre spørsmålet om tiltale, jf. § 226 første ledd bokstav a. Det vi i praksis si å skaffe bevis for at et straffbart forhold har funnet sted og at en eventuelt mistenkt er skyldig. Tiltalesspørsmålet skal avgjøres så snart saken er "tilstrekkelig forberedt til det" jf. § 249 førte ledd. Dette tidspunktet foreligger når det etter påtalemyndighetens syn er bevist at mistenkte er skyldig.

Formålet er videre å tjene som forberedelse for rettens behandling av spørsmålet om straffeskyld og spørsmålet om fastsettelse av reaksjon, jf. § 226 første ledd bokstav a og b. Etterforskningen skal med andre ord også danne grunnlag for domstolsbehandlingen. Det er etterforskningen som skaffer til vei vitner og andre bevis som fremlegges under hovedforhandlingen.

3.4.2 Når er det til "skade eller fare" for etterforskningens øyemed

Spørsmål her blir hva som er den rettslige betydningen av "skade eller fare" for etterforskningens øyemed, og hvilke momenter kan man ta i betraktning for å avgjøre om slik fare foreligger.

Vilkåret er noe løst formulert. Det gir ikke uttrykk for hva slags skade det er snakk om, eller hvor stor eller nærliggende fare det er tale om. "Skade" og "fare" er alternative vilkår, men de går inn i hverandre. Det som vil være til "skade" for etterforskningens øyemed vil også være dekket av uttrykket "fare". Fare er et videre begrep enn skade og farebegrepet vil derfor danne rammen rundt innsynsretten.

Forarbeidene har ikke gått nærmere inn på hva som ligger i uttrykket foruten det lille som nevnes i Inst. O. nr. 37 (1980-81) side 29 om at bestemmelsen tar sikte på bevisforspillelsesfaren. Begrepet "bevisforspillelsesfare" går igjen i pågripelse og fengslingsbestemmelsen i § 171 første ledd alternativ 2). Det nevnes i denne bestemmelse at bevisforspillelse for eksempel er "å fjerne spor eller påvirke vitner eller medskyldige". Dette er eksempler og bestemmelsen er derfor ikke uttømmende.

Det er også språklig sett til fare for etterforskningen om mistenkte ved å se sakens dokumenter tilpasser sin egen forklaring til de opplysningene han får tilgang til. Politiet

har for eksempel sikret seg teleutskrift som viser at mistenktes mobiltelefon har slått ut på en basestasjon på Snåsa samtidig med at den lokale bensinstasjonen ble ranet. Hvis mistenkte får denne kunnskapen før han forklarer seg vil han lett kunne ljugе på seg en historie om at han mistet sin mobiltelefon da han var på byen dagen før ranet skal ha skjedd, han tilpasser sin forklaring etter de bevis politiet har. Forklaringer mistenkte kommer med etter å ha sett det aktuelle dokumentet vil derfor skape et troverdighetsproblem nettopp fordi han har hatt muligheten til å tilpasse sin forklaring. Dette er til skade for etterforskningen.

Dessuten er det spesielt i narkotika saker sånn at politiet nødig vil fortelle hva slags stoff, hvor mye stoff eller hvor nøyaktig det ble funnet før mistenkte har forklart seg. Dersom mistenkte får vite dette faller alt håp ut for etterforskningen om at mistenkte skal fortelle om mer stoff som politiet kanskje ennå ikke har funnet. Han vil da naturlig nok kun fortelle til politiet det de alle rede vet, og holde skjult det politiet ikke vet. Dette vil også være til skade for etterforskningen.

Etter dette ser vi at den skyldige mistenkte vil ha et klart motiv til å kreve innsyn i alle dokumentene før han forklarer seg, og at den uskyldige mistenkte vil ha en interesse av å forklare seg uten å ha sett et eneste dokument for å styrke sin troverdighet.

Ettersom mistenkte ikke har plikt til å forklare seg i saken kan det derfor stilles spørsmål ved om påtalemyndigheten kan påberope seg muligheten mistenkte har til å tilpasse sin forklaring, som grunnlag for å nekte dokumentinnsyn.

I Rt. 1995 s. 1054 uttalte kjæremålsutvalget på side 1056 at ”Noen slik begrensning fremgår imidlertid ikke av selve lovteksten. Tvert i mot er det klart at det etter omstendigheten ville være til fare for etterforskningens øyemed dersom det ikke skulle være adgang til midlertidig å nekte innsyn i dokumenter som vil gjøre det mulig for ham å tilpasse seg sin forklaring etter dokumentenes innhold.” Utvalget tolket altså her ordlyden bokstavlig og fant at mistenktes mulighet til å tilpasse sin forklaring kan være til skade for etterforskningen og dermed gir hjemmel til å nekte innsyn.

Dette standpunktet er opprettholdt i senere rettspraksis, se for eksempel Rt. 2003 s. 1125. Under punkt (14) i denne kjennelsen viser utvalget til Rt. 1995 s. 1054 og slår fast

at det er relevant for vurderingen om dokumentinnsyn at siktede da gis en mulighet til å tilpasse sin forklaring selv om han ikke har forklaringsplikt.

Delkonklusjon: Med ”skade eller fare for etterforskningens øyemed” menes bevisforspillelsesfaren. Fare for bevisforspillelse er det når spor kan fjernes, vitner eller andre kan påvirkes og når mistenkte selv kan tilpasse sin forklaring hvis han får innsyn.

Nå går jeg over til å se på hvor mye som skal til før det forligger bevisforspillelsesfare i forhold til § 242. Dette er heller ikke løst av ordlyden, men det foreligger en del rettspraksis på området. Det følger av flere rettsavgjørelser at svaret beror på en konkret helhetsvurdering, se for eksempel Rt. 2003 s. 877 som bruker ordene ”en omfattende vurdering” i punkt (29), og Rt. 2003 s. 1125 som viser til denne.

Fare begrepet viser til et skjønn. Man kan ikke uttømmende si hva som legges i dette skjønnnet, det ville i så fall låse vurderingen. For å finne ut nærmere om denne skønnsvurderingen vil jeg se på de momenter rettspraksis har lagt vekt på.

Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte i HR 2004-01476-A, en kjennelse i Finance Credit saken, under punkt 42, at ”Farekriteriet er oppfylt dersom dokumentinnsyn medfører en mulighet for bevisforspillelse – herunder til å tilpasse egen forklaring.

Sannsynlighetsovervekt kreves ikke. Det må foreligge noe i saken som tilsier at skadevirkningen kan inntre, og en teoretisk mulighet er ikke tilstrekkelig.” Dette vil være et utgangspunkt. Det kreves ikke sannsynlighetsovervekt, men mer enn en teoretisk mulighet. Videre om dette skriver de ”Vurderingen må særlig forestas på bakgrunn av sakens art og omfang, hvilken mulighet dokumentene på det aktuelle tidspunktet gir for bevisforspillelse og tilpassing av forklaringer, og hva som står på spill for mistenkte.”

Her viser de i alle fall til tre momenter.

1. Det første momentet er sakens art og omfang. Det er vanskelig å si noe generelt om sakens art da dette nettopp følger av den konkrete saken. Rettspraksis har heller ikke utdypet dette, men nøyd seg med å henvise til begrepet. Jeg vil peke på noe omstendigheter som kan belyse hva som ligger i sakens art og hvorfor det kan ha betydning for innsynsretten.

Hvilken straffebestemmelse som er overtrådt sier oss noe. Etterforskningen og bevisforspillelsesfaren er forskjellig fra for eksempel trafikksaker og narkotikasaker. Straffebestemmelsen sier også noe om alvorligheten av saken. I alvorlig forbrytelse vil bevisforspillelsesfaren være større, jf. avsnitt (40) kjennelsen over. Jo større bevisforspillelsesfaren er desto mer grunn er det til å nekte innsyn. Videre kan mistenktes person og omstendighetene rundt handlingen være et poeng. Er saken helt spesiell, kanskje fordi den straffbare handlingen spinner ut fra et selvmordforsøk, vil det kanskje ha noe å si for bevisforspillelsesfaren. Er han en kjenning av politiet eller helt ukjent, eller er han kanskje fra et annet land kan være med i vurderingen. Tilsvarende kan mistenkte sin alder ha noe å si for sakens art. Andre momenter kan være hvem som er fornærmet, om det er noen som mistenkte kjenner, eller om det er ukjente, eller om det er offentlige personer som er fornærmet eller om det er det offentlige i seg selv. Som vi ser må man gå konkret inn i den aktuelle saken og se på hva nettopp denne saken dreier seg om.

Når man skal vurdere sakens omfang må man se på blant annet hvor mange mistenkte det er i saken, hvor mye beslag som er gjort, hvor mange vitner det er, om det dreier seg om et straffbart forhold som har gått over lengre tid, om etterforskningen strekker seg over flere politidistrikter eller også til utlandet osv. I den pågående NOKAS saken er det over 10 mistenkte og det var på et tidspunkt over 100 etterforskere fra flere politidistrikter som jobbet med saken. I slik store saker vil det spesielt tidlig i etterforskningen lett være mange løse tråder, vitner som ikke er avhørt, dokumentasjoner som ikke er innhentet, analyser som ikke er fullført og personer som ikke er pågrepet. Det kan også være vitner, åsteder og spor som politiet ennå ikke har kommet til kunnskap om. Dette vil tale for at det kan være fare for bevisforspillelse, for dersom mistenkte får innsyn før de løste trådene er undersøkt kan mistenkte komme til å ødelegge spor som politiet ikke har sikret, eller tilpasse sin forklaring til bevis politiet ikke har sjekket.

Saker med stort omfang vil kreve mye tid og ressurser fra politiet. En dokumentinnsynsbegjæring krever at politiet tar stilling hvilke dokumenter som mistenkte kan og ikke kan få innsyn i. Dette krever også tid og ressurser. Et spørsmål som dukket opp under Finace Credit saken var nettopp om påtalemyndigheten kunne nekte innsyn uten å vurdere om det var til skade eller fare for etterforskningens øyemed

fordi de rett og slett ikke hadde tid og ressurser. I denne saken var forholdet det at to personer som stod bak finansinstitusjonen Finance Credit-gruppen, hadde blitt anmeldt for omfattende bedrageri da de hadde tatt opp lån i forskjellige banker. Underveis i etterforskningen av denne saken fant politiet grunn til også å fatte mistanke til revisorfirmaet KPMG AS som var revisorer for deler av Finance Credit-gruppen. KPMG AS som nå hadde status som mistenkt krevde innsyn i sakens dokumenter. Begjæringen om innsyn gjaldt 81 ringpermer og 11 kasser med dokumenter. Det var totalt beslaglagt 200 til 250 kasser med dokumenter samt datamedier tilsvarende en terrabyte, som skal tilsvare 25 000 hyllemeter med bøker. Med andre ord, saken bestod av en voldsom mengde med dokumenter.

Retten fant at verken ordlyden i § 242 eller dens forarbeider løste problemstillingen. De fant ut fra reelle hensyn at påtalemyndigheten kunne avslå mistenktes begjæring om innsyn for en periode uten konkret vurdering av om innsyn ville være til skade eller fare for etterforskningen. Høyesterett trakk frem hensynene bak hovedregelen om innsynsrett, nemlig behovet for kontradiksjon, og holdt det opp mot påtalemyndighetens behov for i visse tilfeller å kunne utsette vurderingen av hvilke dokumenter mistenkte har rett til innsyn i. De uttalte at behovet for kontradiksjon er et tungtveiende hensyn, men at det dermed ikke er sagt at påtalemyndigheten plikter å prioritere innsynsretten foran andre, presserende arbeidsoppgaver. Dersom politiet innen kort tid skulle være pliktig til å ta stilling til begjæringen ”kunne det få svært uheldige konsekvenser for etterforskningen, og redusere muligheten for å oppklare og iredteføre sakskomplekset. Påtalemyndigheten kunne kort sagt delvis bli berøvet styringen av etterforskningen”. Dette viser at sakens omfang kan ha helt avgjørende betydning.

2. Det neste momentet fra HR 2004-01476-A var hvilken mulighet dokumentene på det aktuelle tidspunktet gir for bevisforspillelse og tilpassing av forklaringer. Dett blir en faktisk vurdering av muligheten for bevisforspillelse. Her må det sees på hvor langt etterforskningen har kommet og hva som gjenstår. Dersom alle spor er sikret, alle vitner er avhørt og mistenkte har gitt sin forklaring vil det være liten mulighet for mistenkte å forspille bevis eller tilpasse sin forklaring. I så fall vil det være et argument som taler mot å nekte innsyn. Når det gjelder hva som gjenstår i saken må det vurderes om dette vil komme i fare dersom mistenkte får se sakens dokumenter. Man må se på hva sakens dokumenter inneholder av opplysninger og bevis og sette dette opp mot hvilken

mulighet har mistenkte til å ødelegge dette og hva mistenkte selv sagt om opplysningene.

Dersom mistenkte sitter i varetekt må det tas med i vurderingen under de nevnte momenter. I varetekt har mistenkte blitt fratatt muligheten til å forspille bevis, i sær hvis han er ilagt brev og besøksforbud etter § 186 annet ledd eller sitter i full isolasjon etter § 186a. I denne perioden vil det være vanskelig, for ikke å si umulig for han å påvirke vitner og fjerne spor. Dette vil være et moment for å gi innsyn. Men dersom mistenkte nekter å forklare seg før han får se sakens dokumenter så vil det, selv om han sitter i varetekt, være et argument mot innsynsrett da faren for at han vil tilpasse sin forklaring ut fra sakens bevis kan være til stede.

3. Det siste momentet som denne kjennelsen i punkt (42) viste til var hva som står på spill for mistenkte. Kontradiksjonsprinsippet er lagt opp til at mistenkte skal få muligheten til å bevis sin uskyld. Ved å nekte dokumentinnsyn fratras han til en viss grad denne muligheten ved at han ikke får se hva politiet har funnet ut, og dermed ikke mulighet til å ta til motmæle. Behovet for å renske seg fra mistanken vil være større jo mer alvorlig forbrytelse han er mistenkt for, og han risikerer mer tap av borgelig aktelse jo mer alvorlig anklagen mot han er. Det vil si at dersom det står mye på spill for mistenkte, så vil det være et moment som taler for innsynsrett.

Under punkt (38) i kjennelsen trekker lagmannsretten inn et ytterligere moment, noe Høyesterett gav sin tilslutning til. Det sies at en dokumentinnsynsnektelse alltid må være midlertidig, og det vises til § 226 siste ledd hvor det står at etterforskningen skal gjennomføres ”så raskt som mulig og slik at ingen unødig utsettes for mistanke eller ulempe”. I dette ligger det, mente retten, at det ”må foretas en avveining hvor vekten av hensyn kan endres over tid. Det må etter dette være relevant å ta i betraktning behovet for innsyn og på hvilket stadium etterforskningen befinner seg”.

I dette ligger at behovet for innsyn vil være stort helt i begynnelsen av etterforskningen. Den mistenkte har et motiv for så raskt som mulig å få vite hva politiet sitter med slik at han kan ødelegge spor før politiet sikrer dem. Tidlig innsyn vil også gi han rask mulighet til å pynte på sin egen forklaring for å kvitte seg med mistanken. Bevisforspillelsesfaren er med andre ord størst tidlig i etterforskningen, og det taler for

at innsyn kan nektes. Men på den andre siden vil det rent psykisk være mer belastende over tid å ikke vite hva politiet har av spor. Uvissheten kan bli en påkjenning i seg selv. Dette tidsmomentet blir også påpekt mot slutten av punkt (38) hvor det sies: ”Lang tid i seg selv kan derfor også få betydning.”. Men som oftest er det slik at når det går lang tid uten dokumentinnsyn så skyldes det at mistenkte ikke vil forklare seg før han eventuelt får ser dokumentene, og da kan det tilføyes at den uskyldige nok vil ha mindre betenkeligheter med å gi sin forklaring med det samme.

Problemstillingen her var om når det vil være fare for etterforskningens øyemed. Det jeg nå har sett på er de typiske momenter retten har lagt vekt på i vurderingen av når det er til ”skade eller fare for etterforskningens øyemed”. Hvilken vekt de forskjellige momenter har må vurderes konkret. Konklusjonen blir at det må en konkret helhetsvurdering til for å avgjøre om innsyn kan nektes på grunn av skade eller fare for etterforskningen.

3.4.3 Grunnleggende opplysninger om mistanken

Etter § 232 skal mistenkte gjøres kjent med hva ”saken gjelder”. Når påtalemyndigheten holder tilbake dokumenter for å unngå at mistenkte tilpasser sin forklaring vil det ikke sjelden sette dette kravet på prøve. For eksempel har politiet beslaglagt narkotika og pågrepet en person og siktete han for medvirkning til oppbevaring av stoffet. Det kan være viktig for etterforskningen å ikke røpe overfor mistenkte før han forklarer seg hva slags stoff det er, hvor og når nøyaktig det er funnet og hvilke bevis de har som knytter mistenkte til stoffet. Dersom mistenkte blir fremstilt for varetektfengsling følger det at av § 90 at han skal gjøres kjent siktelsen. Ikke sjelden vil påtalemyndigheten formulere en så vag siktelse som mulig for å ikke sette etterforskningens øyemed i fare. Spørsmålet blir hvor vag siktelsen kan være før det er i strid med loven.

I Oslo tingretts kjennelse av 10. august 2003, sak nr. 03-7780 F/83, lød siktelsen på at siktede forsøkte å oppbevare et meget betydelig kvantum narkotika i Oslo 5. august 2003. Påtalemyndigheten ville samtidig holde tilbake de dokumenter i saken som røpet noe mer enn dette. Tingretten mente dette var klart i strid med §§ 90, 232 og 242, samt at kontradiksjonshensynet var satt til side, og retten gav siktede innsyn i en rekke dokumenter. Påtalemyndigheten påkjærte kjennelsen og Borgarting lagmannsrett behandlet saken i sak nr. 03-02762 M/04. Lagmannsretten godtok at ”5. august” var

tilstrekkelig tidsangivelse, funnadresse var allerede kjent så det tok de ikke stilling til, men det nøyaktige funnsted hadde siktede ikke krav på å få vite. De godtok også at dokumenter som sa noe om siktedes angivelige tilknytning til narkotikaen kunne unntas fra innsyn. Videre mente de at type stoff og mengde måtte fremkomme for siktede. Han fikk innsyn i anmodningen om analyse av stoffet. Lagmannsretten la også til grunn at dette ikke var i strid med EMK.

EMK art. 6 nr. 3 bokstav a gir siktede som minsterettighet at han straks skal underrettes om innholdet av, og grunnen til siktelsen. Dette må leses i lys av bokstav b om at han skal gir tilstrekkelig tid om muligheter til å forberede sitt forsvar. Lagmannsretten vurderte tilfellet over til at det ikke var i strid med dette.

I Rt. 1997 s. 1841 fikk siktede ikke innsyn i noen dokumenter som dannet grunnlag for siktelsen, han fikk bare se siktelsesdokumentet. Retten mente at dette ikke var i strid med EMK. Her hadde for øvrig siktedes forsvarer fått innsyn.

Dette viser at kravet om å få vite hva siktelsen gjelder har sine grenser. Dersom det er til fare for etterforskningens øyemed kan nærmere beskrivelser av detaljer holdes tilbake.

3.5 Skade eller fare for tredjemann

Dette unntaket står selvstendig i forhold til etterforskningens øyemed. Den mistenkte har ikke rett til dokumentinnsyn dersom det ikke kan skje ”uten skade eller fare” for ”tredjemann”, jf. § 242 første ledd første setning.

Bakgrunnen for denne regelen kom som en forlengelse av retten til å nekte innsyn på grunn av etterforskningens øyemed, jf. inst. O. nr. 37 – 1980-81 side 29. Hensikten med regelen er å beskytte ”tredjemann” først og fremst fra represalier. Det er tredjemanns person som beskyttes.

Behovet for beskyttelse vil naturlig også kunne vedvare etter at etterforskningen er ferdig i en del tilfeller. Tredjemann er beskyttet også etter andre bestemmelser som må sees i sammenheng med § 242 første ledd. § 245 gir regler om, under gitte vilkår, at siktede må forlate rettssalen når vitner forklarer seg i rettslige avhør. Beskyttelsen på dette punktet gjelder også under hovedforhandling, jf. § 284. Det finnes også regler om

anonym vitneførsel etter § 130a og 234a som også har til formål å beskytte personen for fysiske og psykiske krenkelser.

3.5.1 Hvem er "tredjemann"

"Tredjemann" vil språklig sett bety andre enn partene. I inst.O nr. 37 (1980-1981) s. 29 kommer det frem at det er først og fremst vitner det her er tenkt på. Lovgiver vil for det første unngå den situasjon at vitner ikke tør avgi forklaring til politiet på grunn av frykt for represalier dersom mistenkte får gjøre seg kjent med forklaringen. Og for det andre vil de forhindre legemskrenkelser. Det er uklart hvordan man skal definere "vitner". Men ettersom bestemmelsen bruker ordet "tredjemann" er det ikke noe behov for nærmere definisjon her. Også informanter og kilder som politiet måtte ha faller inn under begrepet.

Dette er noe annet enn etterforskningens øyemed selv om man nok i enkelte tilfeller kunne kommet til samme resultat ved å si at dersom vitnet eller kilden ikke tør stå frem på grunn av frykt for represalier, så ville det være til skade for etterforskningens øyemed ved at politiet ikke får skaffet til veie de nødvendige opplysninger for å avgjøre tiltalespørsmålet. Innsyn ville uansett bli å nekte.

3.5.2 Når er det til "skade eller fare" for tredjemann

Farekriteriet her er det samme som viser til etterforskningens øyemed. Spørsmålet blir om det i forhold til tredjemann innholdsmessig er det samme.

Ettersom ordlyden er den samme kan det ikke trekke ut fra den at det skulle ligge noe annet i farebegrepet her enn under etterforskningens øyemed.

Forarbeidene presiserer at det må kreves at vitnes frykt hviler på et "realistisk grunnlag", se Inst. O. nr. 37 1980-81 side 29. I dette ligger at vitnet må frykte at han faktisk kan bli krenket eller forulempet. En teoretisk mulighet er ikke nok.

I Rt. 1996 s. 1736 ble følgende uttalt: "En nektelse av innsyn i dokumenter etter straffeprosessloven §242 må være tuftet på en begrunnet frykt for at vitnet vil kunne bli forulempet eller lignende." Dette er i samsvar med at forarbeidene. Videre i kjennelsen sier de: "Avgjørelsen om å nekte siktede dokumentinnsyn er av midlertidig karakter. Da

siktede sitter varetektfengslet med brev- og besøksforbud, er det på det rene at han er avskåret fra å kunne påvirke eller skape frykt hos andre mistenkte eller eventuelle vitner i saken. På bakgrunn av siktedes reelle situasjon, kan lovens vilkår om begrunnet frykt ikke sees å være oppfylt”. Retten tolket her bestemmelsen i tråd med forarbeidene, at det nå være en reell frykt.

Ellers er det lite rettspraksis om dette. Det kan tyde på at det enten ikke er problematisk, eller at det er et lite aktuelt spørsmål. Det må likevel kunne sies at vurderingen av om tredjemann står i fare må bero på en konkret helhetsvurdering. Hvilke momenter som komme til betraktning er ikke helt klarlagt. Men ut fra forarbeidene og den ene rettsavgjørelsen ser vi at det må vurderes i hvilken grad mistenkte har mulighet til å krenke vitnet, herunder må man kunne se på om mistenkte sitter inne eller ikke, om han bor langt unna, om han er fysisk i stand til å være en fare, om han kommer fra et voldelig miljø mv. Det må også være en viss sannsynlighet for at frykten blir realisert, men det kan antagelig ikke kreves sannsynlighetsovervekt. Dette ser jeg ut fra bakgrunn av at § 242 gjelder midlertidig, og at vitnes person rettspolitisk sett vil være viktig å verne om.

Konklusjon: Det må foreligge en begrunnet frykt for at vitnet vil kunne bli forulempet for å nekte innsyn i sakens dokumenter. Momentene her vil være av annen karakter enn under etterforskningens øyemed, men de nærmere grenser er ikke avklart i rettspraksis.

3.6 Kommunikasjonskontroll (KK)

Den mistenkte og forsvareren har ikke rett til innsyn i ”opptak, notater og andre dokumenter som inneholder opplysninger fra kommunikasjonskontroll etter kapittel 16 a” dersom ”innsyn kan skade etterforskningen av andre saker”. Dette følger av § 242 første ledd annet punktum.

Kommunikasjonskontroll kan være å ”avlytte samtaler eller annet kommunikasjon til eller fra bestemte telefoner, datamaskiner eller andre anlegg for elektronisk kommunikasjon” jf. § 216a tredje ledd.

Her er det ”andre saker” som vernes. Denne reglen er særlig praktisk i narkotiksa saker, noe Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) også påpeker. I narkotikasaker blir lett flere personer

involvert og det blir lett flere straffbare forhold ettersom straffeloven § 162 setter straff for både selger, kjøper, den som oppbevarer, innfører, utfører, tilvirker eller sender narkotika, eller medvirker til dette. Ved en ulovlig innføring som blir levert til en person og deretter solgt til flere gjennom flere ledd, vil alle fylle lovens objektive vilkår. Hvis for eksempel en person er mistenkte for oppbevaring og salg, vil de han selger til bli mistenkte for kjøp og oppbevaring, eventuelt besittelse. Dersom KK er brukt i etterforskningen av den ene, vil mistenkte i denne saken hvis han fikk se KK dokumentene, kunne fortelle informasjon videre til de andre. Dette ville i så fall skade etterforskningen av de andre sakene.

Det på denne bakgrunn at lovgiver har valgt å unnta opplysninger fra KK. ”Andre saker” er her viktigere enn innsynsretten til mistenkte i disse opplysningene.

3.7 Rikets sikkerhet og forhold til fremmed stat

Dokumenter som bør holdes hemmelig av hensynet til rikets sikkerhet og forhold til fremmed stat har mistenkte og forsvareren aldri innsynsrett i på dette stadiet, jf. § 242 første ledd tredje punktum. Dette gjelder også i forhold til offentlig oppnevnt forsvarers utvidede dokumentinnsyn i rettsmøter. På dette stadiet av saksgangen er dette et ubetinget unntak fra hovedreglene.

Dette unntaket er sjeldent aktuelt i den daglige straffesaksbehandlingen i Norge. Det er stort sett bare Politiets Sikkerhetstjeneste (PST) som behandler straffesaker der rikets sikkerhet kan stå i fare.

Hva som ligger i uttrykket ”rikets sikkerhet eller forhold til fremmed stat” står lite om i forarbeidene og det finnes lite rettspraksis på området. Rt. 2002 s.752 (Viksveen saken) slår fast at retten har kompetanse til å avgjøre om de aktuelle dokumenter bør holdes hemmelig av hensyn til rikets sikkerhet eller forhold til fremmed stat. Det slås videre fast at avgjørelsen må følge av en konkret helhetsvurdering. Hvilke momenter som legges til grunn i vurderingen er det vanskelig å si mer om fordi slike saker er, og skal være hemmelige.

3.8 Anonym vitneførsel

I år 2001 kom det en rekke nye bestemmelser for å beskytte aktørene i straffesaker. Blant de nye regler var muligheten til å føre anonym vitneførsel i retten, jf. § 130a, og anonym vitneførsel i politiavhør, jf. § 234a. Hensikten her er å holde vitnes identitet skjult for å beskytte vitnet selv, jf. § 130a førte ledd bokstav a), og beskytte etterforskning av andre saker der vitnet i skjul deltar, jf. bokstav b). Det var derfor også nødvendig å lage en ny regel om å begrense innsyn i saken for mistenkte, ellers ville jo vitens identitet blitt kjent for mistenkte likevel. § 242 fikk tilføyd at hvis det er begjært anonym vitneførsel har mistenkte ikke rett til innsyn i opplysninger som kan føre til at vitnes identitet blir kjent, jf. § 242 annet ledd.

For at § 130a skal komme til anvendelse må det for det første dreie seg om ett av de oppramsede straffebestemmelser. For det andre må det være fare for en alvorlig forbrytelse som krenker livet, helsen eller friheten til vitnet, eller at skjult etterforskning av andre saker blir vesentlig vanskeliggjort. Og for det tredje må det være strengt nødvendig og ikke medføre vesentlige betenkeligheter av hensyn til den siktedes forsvar. Dette er stenge vilkår og det vil derfor være begrensede muligheter for påtalemyndigheten til å holde tilbake dokumenter på dette grunnlag.

Når det gjelder faren for vitnes person på etterforskningsstadiet vil i og for seg § 242 første ledd om fare for tredjemann, strekker seg over og lang lengre enn det § 130a legger opp til. Det vi står igjen med da er fare for muligheten for et vitne til å delta i skjult etterforskning av andre saker vil bli vesentlig vanskeliggjort, jf. § 130a førte ledd bokstav b). Denne bestemmelsen vil i praksis beskytte gjenbruk av polititjenestemenn, og den er begrenset til de oppramsede straffebudene § 130a viser til.

Man kan spørre seg om hvorfor § 242 har dobbelt opp med bestemmelser for å beskytte vitner som nevnt i § 130a. Svaret på det er nok at reglene om anonym vitneførsel gjelder også etter etterforskningsstadiet, og dersom påtalemyndigheten allerede under etterforskningen har det klart for seg at de ønsker at et vitne skal være anonymt så kan man forholde seg til de samme regler hele veien. Det vil dessuten være greit for påtalemyndigheten å få vite så tidlig som mulig om muligheten til å føre anonyme vitner er til stede.

Begrensningen i innsynsretten gjelder ved begjæringen, jf. § 242 annet ledd. Men hvis retten ikke tar begjæringen til følge får mistenkte likevel ikke rett til å se de opplysninger som kan føre til at vitnes identitet blir kjent, hvis politiet velger å ikke føre vitnet for retten, jf. § 242 annet ledd annet punktum. Påtalemyndigheten kan altså holde vitnes identitet skjult enten ved anonym vitenførsel eller ved at de droppet hele vitnet fra saken.

3.9 Dokumenter som bare gjelder andre mistenkte

Etter § 242 fjerde ledd følger en begrensning av innsynsretten i sakens dokumenter for de dokumenter ”som bare gjelder andre mistenkes forhold” når det er flere mistenkte i samme sak. I en del saker vil det være flere som sammen har begått et lovbrudd, eller at en eller flere har medvirket til lovbruddet. To personer har for eksempel begge løpt inn i banken med våpen og truet til seg penger, mens en tredje person har medvirket ved å vente i fluktbil utenfor. Alle vil bli mistenkt i saken, og som jeg har vist over, vil alle etterforskningsdokumentene tilkomme ”sakens dokumenter”. Etter hovedreglen vil hver av de mistenkte har full innsynsrett i alle dokumentene. Det er derfor et unntak fra hovedregelen når fjerde ledd åpner for at mistenkte ikke har innsynsrett i dokumenter som bare gjelder de andre mistenkte. Spørsmålet blir hva som legges i uttrykket ”bare gjelder” andre mistenkte.

Om bakgrunnen for regelen følger det av forarbeidene at mistenkte bare bør ha aktinnsikt i det som har betydning for vedkommende selv, se Ot.prp. nr. 35 (1978-1979) s. 192. Forarbeidene henviser her til hva som er av betydning for mistenkte. Dette må innholdsmessig kunne sies å være det samme som ordlyden, det som bare gjelder andre mistenkte, vil ikke kunne ha betydning for den mistenkte som krever innsyn.

I HR-2004-00915-U, under avsnitt (20), sier utvalget om § 242 fjerde ledd at ”Det er ikke vanskelig å tenke seg eksempler der saken for en av dem kan være svært spesiell og begrenset i forhold til andre, slik at en ikke kan si at samtlige dokumenter i sakskomplekset ikke har betydning for vedkommendes sak. En annen type dokumenter er de som gjelder den enkeltes personlige forhold.”. Denne setningen er dårlig skrevet. Jeg forstår den sånn at det lett kan tenktes dokumenter i en sak som ikke har betydning for en av de mistenkte, altså at § 242 fjerde ledd reelt sett kan komme til anvendelse. Et eksempel kan være at en av de mistenkte har skaffet til veie finnlandshettene som

ranerne brukte under ranet. Det vil da lett kunne tenktes at en del dokumentene som etterforskningen av ranet har ført med seg, ikke har betydning for den avgrensede og perifere rollen mistenkte har hatt, slik at de ikke får innsyn i de dokumentene.

I alle straffesaker ligger også, som dokument nummer 00, personopplysninger om hver av de mistenkte. Dette er opplysninger om inntekter, sykdommer, forsørgelsesbyrder, tidligere domfellelse og andre personlige opplysninger. Slike dokumenter vil bare gjelde mistenkte selv slik at andre mistenkte i saken ikke kan kreve innsyn i disse.

3.10 Offentlig forsvarers utvidede rett til dokumentinnsyn

Begrensningene om at innsyn kan nektes på grunn av fare for etterforskningens øyemed eller fare for tredjemann gjelder for mistenkte selv og hans forsvarer, men ikke for ”offentlig forsvarer” hvis dokumentene ”fremlegges eller har vært fremlagt i rettsmøte”, jf. § 242 første ledd tredje punktum. Offentlig forsvarer har altså en utvidet rett til dokumentinnsyn i forhold til mistenkte. Men dette gjelder ikke dersom rettsmøtet avholdes for å avgjøre om en nektelse av innsyn er lovlig. Dette er naturlig for ellers ville den offentlige forsvarer kunne fremtvinge innsyn han ellers ikke hadde krav på.

For at denne utvidede innsynsretten i det hele tatt skal komme til anvendelse er det to vilkår som må være oppfylt, det må være ”offentlig forsvarer” og dokumentene må ha vært lagt frem i ”rettsmøte”.

Offentlig forsvarer er ikke nødvendigvis den samme som ”hans forsvarer” i første ledd første punktum, selv om det ofte utgjør samme person. Etter § 100 jf. §§ 96 til 99 følger regler for når siktede skal ha forsvarer. Dette er noe annet enn når mistenkte kan ha forsvarer etter § 94. Det er når han skal ha forsvarer at man snakker om ”offentlig forsvarer”. Det er kun når de mest inngripende beslutningene skal tas, som under hovedforhandling, ved bevisopptak til bruk for hovedforhandlingen og ved fengslingsmøter og så lenge siktede er varetektsfengslet, at plikten til å ha forsvarer inntreffer. Den offentlige forsvarer betales av staten i motsetning til ikke-offentlig forsvarer som siktede må betale selv.

Rettsmøte er møte som en rett holder til forhandling mellom partene eller for å avhøre parter, vitner eller sakkyndige eller foreta granskning, eller som loven særskilt har

betegnet som rettsmøte jf. dl. § 122. Dette vil på etterforskningsstadiet typisk være varetektsfengslingssaker, men også andre spørsmål som dukker opp og som retten må avgjøre ved kjennelse eller dom er rettsmøter, for eksempel spørsmålet om et vitne skal kunne få forklare seg anonymt. Spørsmål om beslag foretas ved kontorforretning og er ikke rettsmøte.

Det er nettopp på grunn av rettsmøtes betydning at denne utvidede innsynsretten er til. I rettsmøtene blir det tatt beslutninger som kan virke inngripende på mistenkte, selv om det ikke avises dom i saken. Et spørsmål om varetektsfengsling er et godt eksempel på det. Her risikerer mistenkte å bli fengslet inntil to uker i full isolasjon eller inntil fire uker uten å kunne motta brev eller besøk eller lese aviser eller se tv, jf. §§ 186 og 186a. Dette er inngripende og her befinner vi oss veldig nære kontradiksjonsprinsippets kjerne. Dette tilsier innsynsrett.

Et spørsmål er om påtalemyndigheten kan velge ut hvilke dokumenter de vil legge frem i rettsmøtet for på den måten unnta dokumenter fra innsyn.

Etter ordlyden fremgår det at offentlig forsvarer skal få se dokumenter som ”fremlegges eller har vært fremlangt” i rettsmøter. Det følger av dette ingen begrensning av hva påtalemyndigheten kan unnlate å ta med i rettsmøtet. Forarbeidene er tause på området.

I Rt. 1993 s. 1121 var en av problemstillingene nettopp om dokumenter som ”fremlegges eller har vært fremlangt” kun gjaldt de dokumenter som politiet rent faktisk hadde fremlagt eller om bestemmelsen måtte tolkes slik at den omfatter alle de dokumenter som politiet hadde i ”sakens dokumenter” så langt i saken. Politiet hadde her tatt ut tre vitneavhør fra saken og deretter gått i rettsmøte. Utvalget uttalte at ”Sakens dokumenter må anses for å utgjøre en enhet, og påtalemyndigheten kan ikke ha adgang til ut fra en skjønnsmessig vurdering å beslutte at enkelte dokumenter skal unntas fra fremleggelse for retten og den offentlige forsvarer.” Utvalget tolket altså her bestemmelsen utvidende og gav forsvareren innsyn i vitneavhørene.

I den juridiske teorien støttes dette synet (Andenæs 1995 s. 268). Andenæs påpeker at det ellers ikke vil være mulig å vite om noen av dokumentene peker i motsatt retning.

Det vil også virke støtende på vår rettsoppfatning om påtalemyndigheten fritt kunne velge hva de ville legge frem i rettsmøte. Tanken leder da hen til muligheten for å velge bort de dokumenter som taler til mistenktes gunst for selv å få medhold i sine påstander. For å være sikker på at kjennelsen er riktig bør derfor alle sakens dokumenter legges frem i rettsmøtet.

Konklusjon under dette blir at påtalemyndigheten ikke kan ta ut dokumenter fra saken før rettsmøter, offentlig forsvarer har rett til å se alle dokumentene som så langt foreligger i saken.

Det siste poenget jeg vil trekke frem under dette punktet er om § 242 fjerde ledd også gjelder overfor offentlige forsvarer i rettsmøte. Dette var en av problemstillingene i de to NOKAS kjennelsene, HR-2004-00915-U og HR-2204-01120-U. Saken var her at en person ble pågrepet og siktet for medvirkning til ranet. Under fengslingsmøtet begjærte hans forsvarere innsyn i alle dokumentene i saken der 10 personer var siktet.

Påtalemyndigheten nektet innsyn og mente at forsvarerne bare skulle få innsyn i de dokumenter som etterforskningen mot deres klient hadde ført med seg, altså at § 242 fjerde ledd kom til anvendelse i rettsmøtet om varetektsfengsel. Under punkt (16) i den første kjennelsen sier utvalget at de er enige med lagmannsretten når de kom til at § 242 fjerde ledd også får anvendelse for dokumenter som er fremlagt i rettsmøte. Retten viste til ordlyden og oppbygningen av paragrafen som støtte for sitt syn. De sa også at forarbeidene trakk i denne retning. Det vil si at dersom det er dokumenter i saken som bare gjelder andre mistenkte i saken, så har heller ikke den offentlige forsvareren rett til innsyn selv om dokumentene har vært lagt frem i rettsmøte.

Denne saken gjaldt et kjæremål over lagmannsrettens kjennelse som opphevet tingrettens kjennelse. I tingrettens nye behandling kom de til at de aktuelle dokumentene ikke kunne unntas fra innsyn etter fjerde ledd i det de mente at alle dokumentene hadde betydning for ”hva som skjedde og hvem som gjorde det” og at dette hadde betydning for den siktede i denne saken, se HR-2004-01120-U punkt (20). Lagmannsretten og kjæremålsutvalget fant ikke noe feil ved tingrettens behandling slik at forsvarerne tilslutt fikk innsyn i dokumentene.

3.11 Innsyn for forsvareren mot taushetsplikt

Unntakene fra innsynsretten som jeg har nevnt over gjelder for ”mistenkte og hans forsvarer”. Men ser vi på hensynene bak disse unntakene så er begrunnelsen rettet mot mistenkte selv. Det er stort sett mistenkte og ikke forsvareren som vil kunne sette etterforskningen eller tredjemann i fare. Spørsmålet blir derfor om påtalemyndigheten kan gi innsyn til forsvareren mot at han pålegges taushetsplikt om innholdet og at taushetsplikten også skal gjelde overfor mistenkte.

Når det gjelder mistenktes private forsvarer er ikke forholdet lovregulert. Ettersom påtalemyndigheten kan nekte begge innsyn, må de også ut fra et ”fra det mer til det mindre” synspunkt, kunne gi innsyn til forsvareren mot taushetsplikt. Det følger også av rettspraksis og den ulovfestede rett at slik klausulert innsyn kan gis. Juridisk teori har også lagt dette til grunn.

Et spørsmål er om den offentlige forsvarer også kan pålegges taushetsplikt overfor sin klient. Selv om det lir holdt rettsmøte vil behovet for å nekte mistenkte innsyn kunne gjøre seg gjeldene. I Rt. 1995 s. 1054 hjemlet påtalemyndigheten taushetsplikten overfor den offentlige forsvarer i nettopp at det ville skade etterforskningen om mistenkte fikk innsyn i to fingeravtrykksundersøkelse. Dette fikk de rettens medhold i. Det følger også av domstolsloven § 130 at retten kan pålegge den offentlige forsvarer taushetsplikt overfor sin klient i de opplysninger har får gjennom en rettsavgjørelse. Men det må være klart den offentlige forsvarer kan gi informasjon til mistenkte selv om mistenkte selv er nektet innsyn, så fremt det ikke kommer klart frem at han pålegges taushetsplikt. Påtalemyndigheten kan be retten pålegge slik plikt.

Konklusjonen blir her at den private og den offentlige forsvarer kan pålegges taushetsplikt overfor mistenkte.

3.12 Gjennomføring av innsynsretten

Det står ikke noe i § 242 om på hvilken måte innsynsretten skal skje. Det står bare at de har rett til innsyn. I forarbeidene står det at det må bero på omstendighetene i den enkelte sak hvordan dette løses, men at det vanlige vil være at forsvareren får dokumentene til utlån. Videre i forarbeidene forutsettes det at det blir utferdiget

nærmere forskrifter om hvordan innsynsretten skal gjennomføres, se Strpl.kom.inst. s. 278.

§ 242 siste ledd gir Kongen kompetanse til å gi nærmere forskrifter. Slik forskrift er gitt i påtaleinstruksens §§ 16-2 og 16-3. Hovedregelen for forsvarerens innsynsrett er at det gis kopi av sakens dokumenter. Alternativt kan påtalemyndigheten sende originalsaken, men da skal det settes tidsfrist for tilbakelevering, jf. § 16-3. Det vanligste i dag er at påtalemyndigheten sender en kopi. Mistenkte selv skal som hovedregel ikke få kopi. Han skal få tilgang til å se dokumentene enten i nærvær av politiet eller forsvareren, jf. § 16-3. Dersom mistenkte har forsvarere er det mest vanlig at han får se dokumentene gjennom forsvareren. Bare dersom det er ubetenkelig kan mistenkte selv få kopi, og han skal aldri få originaldokumenter.

Det er av hensyn til etterforskningen og av hensyn til personvern at det er slike restriksjoner på gjennomføringen av innsynsretten. Dersom mistenkte selv fikk originalsaken eller en kopi av denne ville det være mer fare misbruk av dokumentene ved at mistenkte får større anledning til å påvirke vitner eller andre i saken, eller at personopplysninger som er nevnt i saken kommer på avveie. Det er derfor en forutsetning at forsvareren ikke gir saken videre til sin klient.

Dersom påtalemyndigheten ikke vil sende kopi eller originaldokumenter til forsvareren, kan den avgjørelsen ikke kreves avgjort av retten så lenge påtalemyndigheten på andre måter åpner for dokumentinnsyn, for eksempel ved å la de se dokumentene hos dem. § 242 tredje ledd gjelder hvis påtalemyndigheten nekter å la mistenkte eller forsvareren se alle eller noen av dokumentene. Forsvareren må i så fall klage til overordnet påtalemyndighet. Dette er også slått fast i Rt.1990 s. 919 der utvalget uttalte ” De spørsmål som gjelder anvendelsen av påtaleinstruksens §16-3 kan ikke overprøves av retten”. Forholdet her var at siktede som ikke hadde forsvarer, hadde blitt gitt innsyn i dokumentene, men blitt nektet kopi.

Når det gjelder dokumentinnsyn ved rettsmøter om varetektsfengsling følger det imidlertid av § 98 annet ledd annet punktum at forsvareren ”skal snarest mulig og senest før rettsmøtet ... få kopi av de av sakens dokumenter som han har rett til å gjøre seg kjent med etter § 242”. Her er det lovfestet hvordan gjennomføringen skal skje.

4 Innsynsrett etter at tiltale er tatt ut

4.1 Innledning

På dette stadium av saken er etterforskningen ferdig og tiltale skal tas ut så fremt påtalemyndigheten mener bevisene i saken holder til domfellelsen, jf § 249. Kopi av tiltalebeslutningen sendes til retten etter § 262 første ledd. Saken ligger nå klar for hovedforhandling fra påtalemyndighetens siden og hovedforhandling skal så snart som mulig avholdes, jf § 275 annet ledd. Vi nærmer oss nå domsavsigelse og dermed også kontradiksjonsprinsippets kjerne hvilket tilsier en bred adgang til dokumentinnsyn. Det mest omfattende unntaket om bevisforspillelsesfare fra etterforskningsstadiet kan ikke lenger påberopes. Heller ikke kan innsyn nektes på grunn av fare for tredjemann etter § 242. Dette gjør innsynsretten nå er beheftet med færre unntak.

Etter at tiltalebeslutning er utferdiget er det §§ 264 og 267 som hjemler hovedreglen om full innsynsrett. For det tilfellet at tiltalte skal ha forsvarer, se § 100 jf §§ 96 til 99, følger det av § 264 første ledd at "sakens dokumenter" skal sendes til forsvareren. Dette slår fast den fulle innsynsrett. Tiltalte selv får innsyn gjennom forsvareren. For det tilfellet at tiltalte ikke har krav på offentlig forsvarer følger innsynsretten av § 267 første ledd. Der står at tiltalte skal gis "underretning om at han kan få gjøre seg kjent med sakens dokumenter" hvilket gir han full innsynsrett. Til forskjell fra § 242 er det påtalemyndigheten som her er ansvarlige for at dokumentinnsyn gis. På etterforskningsstadiet måtte mistenkte selv begjære innsyn.

Forskjellen mellom § 264 og § 267 er måten innsynsretten gis på. Mens forsvareren får tilsendt dokumentene, så må tiltalte nøye seg med et krav på å få gjøre seg kjent med dem. Det vil i praksis si at han må komme til en politistasjon å se dokumentene der, jf påtaleinstruksen § 25-6. Påtalemyndigheten kan velge å sende tiltalte kopi av saken, men han har ingen krav på det.

§ 267 viser til § 264. Dette medfører at de unntakene som følge av § 264 også gjelder for § 267 slik at det materielt sett er lik innsynsrett hva enten tiltalte har krav på forsvarer eller ikke.

Også etter at tiltale er tatt ut er det ”sakens dokumenter” det kan kreves innsyn i. Grensene rundt dette begrepet er de samme her som i § 242 og jeg viser derfor til det jeg har skrevet om dette under punkt 3.3. Det som ikke tilkom ”sakens dokumenter” på etterforskningsstadiet, kan det heller ikke etter at tiltale er tatt ut kreves innsyn i.

De videre begrensningene av innsynsretten følger av unntakene som er gjort. Unntakene etter tiltalebeslutningen er langt mindre enn på etterforskningsstadiet. Det er disse unntakene jeg i det følgende skal se på. Under punkt 4.2 tar jeg for meg unntaket om rikets sikkerhet og forhold til fremmed stat, punkt 4.3 unntak for dokumenter som bare gjelder andre tiltaltes forhold, punkt 4.4 om anonym vitneførsel og til slutt punkt 4.5 de nye unntakene etter § 242a.

4.2 Rikets sikkerhet og forhold til fremmes stat

Det følger av § 264 fjerde ledd at dokumenter som bør holdes hemmelig av hensyn til rikets sikkerhet eller forhold til fremmed stat kan unntaks fra innsynsretten. Det er de samme vurderinger som ligger til grunn her om hva som faller inn under dette begrepet som det er på etterforskningsstadiet. Men i motsetning til etterforskningsstadiet har tiltalte og forsvareren likevel innsyn i de dokumenter som ”retten finner påkrevd for tiltaltes forsvar”, jf fjerde ledd første setning. Det følger av forarbeidene at det her tenkes på de dokumenter som skal brukes som bevis, se innstillingen s. 294 som sier ”Alle dokumenter som aktes brukt som bevis, bør dog tiltalte og hans forsvarer ha adgang til å gjøre seg kjent med.”

Retten til kontradiksjon slår her igjennom deler av unntaket. Tiltalte må få se bevisene mot ham slik at han skal ha en mulighet til å ta til motmæle mot dem.

I praksis medfører dette at påtalemyndigheten sender til retten de dokumentene de mener bør holdes hemmelig, jf påtaleinstruksen § 25-4 annet ledd. Retten avgjør om, og til tilfelle hvordan dokumentene skal gjøres tilgjengelig for tiltalte og forsvareren. Men det kan være god grunn til at dokumentene ikke blir kjent for andre enn tiltalte og

forsvareren og at de ikke kommer på avveie. Derfor har fjerde ledd et tillegg der påtalemyndigheten kan sette forbud om at dokumentene blir lånt ut til tiltalte og at dokumentene blir mangfoldiggjort. Kontradiksjon blir her fullt ut ivaretatt samtidig med at det er gjort tiltak for å begrense at sensitive opplysninger lekker ut.

4.3 Dokumenter som bare gjelder andre tiltaltes forhold

Det følger av § 264 siste ledd at én forsvarer ikke har rett til å få oversendt dokumenter som bare gjelder andre tiltaltes forhold. For tiltalte selv er dette ikke nevnt i § 267, men det følger av påtaleinstruksen § 25-6 at hans rett til dokumentinnsyn ikke gjelder for dokumenter som bare gjelder andre tiltaltes forhold.

Disse reglene er de samme som på etterforskningsstadiet og jeg viser til det jeg har skrevet om dette der.

4.4 Anonym vitneførsel

Det er § 264 femte ledd, og § 267 første ledd siste punktum som gir unntak fra dokumentinnsynsretten når påtalemyndigheten har begjært anonym vitneførsel. Når det gjelder innholdet i reglene om anonym vitneførsel viser jeg til det jeg har skrevet under etterforskningsstadiet. Til forskjell fra § 242 så kan man ikke etter at tiltale er tatt ut holde dokumenter tilbake selv om det er fare for tredjemann. § 130a første ledd bokstav a) er derfor ikke lenger overflødig.

Disse bestemmelsene gjelder bare overfor tiltale. Det vil si at forsvareren ikke kan nektes innsyn, men han kan selv velge å ikke få innsyn. Dersom tiltalte er nektet innsyn kan ikke forsvareren gi opplysningene videre til klienten sin.

Bevisoppgaven skal også sendes til forsvareren, jf § 264 første ledd, og tiltalte har også rett til innsyn i denne når han ikke har forsvarer, jf § 267 første ledd. I bevisoppgaven står vitners identitet, derfor er det også gjort unntak fra innsyn i de opplysningene der dersom det er begjært anonym vitneførsel. jf § 264 første ledd andre til fjerde punktum og § 267 første ledd siste punktum.

Dersom retten ikke gi påtalemyndigheten medhold i begjæringen om anonym vitneførsel, kan påtalemyndigheten velge å ikke føre vitnet slik at hans identitet ikke blir kjent, jf § 264 femte ledd annet punktum.

De strenge vilkårene for å anvende anonym vitneføring; saken må gjelde ett av de oppramsede straffebestemmelser, det må være frykt for en ”alvorlig forbrytelse mot vitnet” eller at etterforskningen av andre saker blir ”vesentlig vanskeliggjort” og at det må være ”strengt nødvendig” og ”ikke medfører vesentlige betenkeligheter av hensyn til den siktedes forsvar”, jf § 130a første og andre ledd, viser kontradiksjonshensynets sterke gjennomslagskraft. Hvis for eksempel et vitne står i direkte livsfare i en legemsbeskadigelses sak (straffeloven § 229 første straffealternativ), det finnes kanskje klare tegn til at vitnet vil bli tatt av dage hvis hans identitet kommer til tiltaltes kunnskap, er det ikke anledning til å føre han anonymt fordi straffebestemmelsen ikke står i § 130a. Påtalemyndigheten må da droppe hele vitnet, og kanskje også saken. Det er altså sann at dersom tiltalte har klart å skape en slik frykt for et vitnes liv, så kommer det til hans gunst i saken. Dette viser hvor sterkt retten til kontradiksjon står i norsk rett i dag.

4.5 Opplysninger som er holdt tilbake etter § 242a

Denne bestemmelsen står i kapittelet om etterforskning i straffeprosessloven. Det følger av § 264 sjette ledd og § 267 at § 242a får anvendelse også etter at tiltale er tatt ut og det er her bestemmelsen har fått sin hovedfunksjon slik bestemmelsen er bygd opp. Før tiltale er tatt ut kan påtalemyndigheten langt på vei holde de opplysninger § 242a omhandler tilbake uansett med hjemmel i § 242. Det fremgår dessuten av § 272a at begjæringen fra påtalemyndigheten om at de vil holde tilbake opplysninger etter § 242a ”bør fremsettes samtidig med oversendelsen av tiltalebeslutningen som nevnt i § 262, og som regle ikke senere enn to uker før hovedforhandlingen starter”. Hele dette tidsrommet er etter at tiltale er tatt ut. Jeg finner det derfor naturlig å omhandle § 242a her og ikke på etterforskningsstadiet.

4.5.1 Bakgrunn

§ 242a ble vedtatt 9. mai 2003 og det foreligger lite rettspraksis på området. Forarbeidene består i all hovedsak av Ot.prp. nr. 24 (2002-2003) og det fremgår der at bestemmelsen tar sikte på å begrense adgangen til dokumentinnsyn for å sørge for en

mer effektiv kriminalitetsbekjempelse. Bakgrunnen er for det første at det har vært stigende tendens til at vitner og fornærmede trues til taushet. Dette ble det tatt høyde for da reglene om blant annet anonym vitneførsel og skjerpede straffer for motarbeidelse av rettsvesenet (straffeloven § 132a) ble vedtatt for noen år siden. Men det var behov for ytterligere regler i det politiets kilder og informanter ikke var beskyttet. For det andre er bestemmelsen begrunnet med å beskytte politiets arbeidsmetoder. Ved å måtte avsløre metodene vil politiets arbeid i andre saker bli vanskeligere og kriminalitetsbekjempelsen dårligere.

4.5.2 Vilkårene

Hele § 242a er en ”kan” regel, jf første setning. Dersom vilkårene i bestemmelsen er oppfylt er det opp til retten å avgjøre om innsyn skal nektes. Videre er det ”opplysninger” som kan holdes tilbake. Det betyr at hvis opplysningene står i et dokument hvor det er andre opplysninger, så kan ikke hele dokumentet holdes tilbake, men bare den delen av dokumenter som omhandler de aktuelle opplysningene.

Det er et vilkår for å nekte innsyn at påtalemyndigheten ikke vil påberope seg opplysningene det nektes innsyn i som bevis i saken, jf første ledd. Etter ordlyden må dette være opplysninger som kan ha noe å si for skyldspørsmålet eller for straffespørsmålet (for ellers ville det ikke vært i sakens dokumenter i det hele tatt), men som påtalemyndigheten ikke vil påberope som bevis i saken. Dette vil først og fremst være opplysninger fra kilder eller fra polititjenestemenn selv enten fra spaning eller fra infiltrasjon, eller fra utenlandske myndigheter eller opplysninger som kommer fra kommunikasjonskontroll.

Det er videre vilkår at det må være ”strengt nødvendig” å holde tilbake informasjonen, jf andre setning i første ledd. I dette ligger at man må se om det er andre tiltak som kan gi samme beskyttelse, men selv om det skulle finnes andre tiltak, kan likevel vilkåret være oppfylt etter en totalvurdering, se Ot.prp. nr. 24 (2002-2003) s. 72 høyre spalte.

Videre må det ikke være ”vesentlige betenkeligheter av hensyn til den siktedes forsvar”. Etter forarbeidene er utgangspunktet for vurderingen om opplysningene er av en slik art at forsvaret vil være tjent med å få tilgang til dem. Men ikke en hver opplysning av mulig interesse for forsvaret vil være tilstrekkelig, jf ”vesentlig”.

De vilkårene jeg til nå har nevnt må alltid være oppfylt. I tillegg må et av alternativene i bokstav a) til d) også være oppfylt.

Bokstav a) beskytter alle individer, jf ”noens” liv, helse eller frihet. Herunder faller vitner og alle andre tredjemenn som for eksempel informanter, kilder og polititjenestemenn, samt fornærmede selv. Vilkåret for at bokstav a) skal komme til anvendelse er at det må være fare for en ”alvorlig forbrytelse” mot noen. I forarbeidene (Ot.prp. nr. 24 (2002-2003) s. 70) er det ganske utførlig antydnet hva som skal legges i dette begrepet. Her står blant annet at det må foreligge objektive holdepunkter og at retten må foreta en totalvurdering.

Før tiltale er tatt ut er tredjemann beskyttet etter § 242 første ledd. § 242 strekker seg lengre enn § 242a når det gjelder å nekte innsyn på grunn av fare for tredjemann. På dette punktet er derfor § 242a overflødig på etterforskningsstadiet.

Bokstav b) til d) verner politiarbeidet. Det er et vilkår at det arbeidet som bestemmelsene nevner blir ”vesentlig vanskeliggjort” hvis innsyn gis. Forarbeidene nevner ikke hva som skal ligge i dette, men ordet ”vesentlig” viser til at det må mer til enn bare at det blir vanskeliggjort. ”Vesentlig” viser også til et skjønn, og det må derfor være opp til retten å anvende dette skjønnnet etter en konkret vurdering.

Det er videre et vilkår for at disse bestemmelsene skal komme til anvendelse at også annet ledd er oppfylt. Det vil si at den aktuelle saken enten må kunne føre til straff av fengsel i 5 år eller mer, eller så må saken rammes av straffeloven kapittel 8 eller 9 eller § 162 eller lov om kontroll av eksport av strategiske varer, tjenester eller teknologi m.v. § 5.

Bokstav b) verner skjult etterforskning av ”andre saker”. I tillegg til den begrensningen i den aktuelle saken som jeg nevnte i forrige avsnitt, er den andre saken også begrenset til tilsvarende. Det vil si at det bare er skjult etterforskning av slike saker som nevnt i annet ledd som er vernet. Tilsvarende er det for bokstav c) som verner forebygging og etterforskning av andre saker. Bokstav d) verner politiets samarbeid med andre lands myndigheter og har ikke en slik begrensning.

§ 242a gjelder overfor siktede og forsvareren, men retten kan la forsvareren få innsyn mot at han pålegges taushet overfor sin klient, jf fjerde ledd og Ot.prp. nr. 24 (2002-2003) s. 73 høyre spalte. Dersom forsvareren nektes innsyn, eller tillates, men ikke vil ha innsyn, skal det oppneves en ”offentlig advokat” etter § 100a. Denne advokaten kommer i tillegg til siktedes forsvarer og skal ikke ha noe annet med saken å gjøre enn å ivareta siktedes interesse i spørsmålet om å nekte innsyn etter § 242a. Etter Ot.prp. nr. 24 (2002-2003) s. 52-53 er dette ment som en ekstra rettssikkerhetsgaranti for den siktede.

For å sikre at informasjonen det blir nektet innsyn i ikke kommer ut på noe som helst måte har tredje ledd en henvisning til § 130a fjerde og sjette ledd der de som får vite om opplysningene pålegges taushetsplikt. Dette vil i praksis være dommere, rettens personale og påtalemyndigheten. Dersom retten finner at innsyn ikke kan nektes, kan påtalemyndigheten henlegge saken med den virkning at taushetsplikten opprettholdes.

§ 242a siste ledd har en regel om at rettens avgjørelse ikke kan påkjæres, og den kan bare endre hvis det kommer nye opplysninger i saken.

4.5.3 Den praktiske anvendelse

Hele poenget med § 242a er at mistenkte ikke på noen måte skal få kjennskap til de aktuelle opplysningene som påtalemyndigheten vil holde skjult. Derfor er det viktig at fremgangsmåten ved anvendelse av bestemmelsen skjer på en betryggende måte. Det foreligger ingen eksakt mal for dette ettersom bestemmelsen er ny og det er lite praksis rundt den.

Utgangspunktet er at politiet har opplysninger i en sak og at påtalemyndigheten mener vilkårene i bestemmelsen er oppfylt. For eksempel har politiet gjennom en kilde fått vite at mistenkte har gjemt unna et større kvantum narkotika. På denne bakgrunn iverksetter politiet spaning på mistenkte. Påtalemyndigheten mener at det vil være overhengende fare for kildens liv dersom kildens identitet kommer til mistenktes kunnskap og vil derfor holde tilbake ikke bare kildens navn, men også det at opplysningen kommer fra en kilde. Dette fordi det kanskje bare er noen få personer som vet om narkotikaen og

hvis mistenkte får vite at noen har tystet så vil det være lett for mistenkte å vite hvem det er.

Et forslag til fremgangsmåte fra Oslo politidistrikt er at det skrives en rapport om hvilke opplysninger det ønskes holdt tilbake og hvorfor det menes at vilkårene i § 242a er oppfylt. Rapporten legges så ved et kopisett av straffesaksdokumentene og graders STRENGT FORTROLIG. Dette sendes så til statsadvokaten som går til retten og begjærer at mistenkte og eventuelt forsvareren nektes innsyn i de aktuelle opplysningene.

Avgjørelsen skal tas av en ”særskilt dommer” jf. § 272a første ledd. Det vil si at det er en annen dommer enn dommeren under hovedforhandlingen som skal ta stilling til begjæringen. Videre skal det etter § 100a oppnevnes en ”offentlig advokat” for den mistenkte dersom påtalemyndigheten vil holde tilbake opplysningene også for mistenktes forsvarer etter § 242a. Den offentlige advokaten skal ivareta mistenkes interesser i rettsmøtet, men skal ikke være i kontakt med mistenkte, og han har taushetsplikt om begjæringen, opplysningene og rettens beslutning. Retten kan også beslutte at han ikke senere kan opptre som forsvarer i saken.

Etter § 52 tredje ledd skal mistenkte og forsvareren gis opplysning om at retten har avsagt kjennelsen. Innholdet i kjennelsen har de ikke krav på å få vite.

4.5.4 Problemstillinger

Som påpekt over legger bestemmelsen opp til at begjæringen skal komme i forbindelse med hovedforhandlingen. Dette kan by på særlig to problemstillinger. For det første kan det herske usikkerhet om retten vil ta begjæringen til følge. Hvis de ikke gjør det får påtalemyndigheten problemer og kan komme til å måtte henlegge saken for å ikke røpe opplysningene. For de andre og kanskje mer viktige, så oppstår det problemer i forhold til den offentlige oppnevnte forsvarers utvidere innsynsrett i rettsmøter under etterforskningen. I for eksempel et fengslingsmøte har forsvareren rett til innsyn i alle opplysninger som påtalemyndigheten har selv om mistenkte har blitt nektet innsyn på grunn av bevisforspillelses fare eller på grunn av fare for tredjemann etter § 242 første ledd. Det vil for eksempel ikke være heldig hvis alle forsvarere skal gå rundt med kunnskap om politiets metodebruk og kjenne identiteten til politifolk som jobber ”under

cover”. Dette selv om man ikke har noen grunn til å tro at forsvareren forsettelig vil lekke opplysningene videre til sin klient eller andre, men det vil alltid være en fare for at opplysningene vil komme ut ved uforsiktighet. Det vil alltid være slik at jo flere som har opplysningene, jo større risiko vil det være for lekkasjer. Disse to hensynene taler for at man bør kunne nekte innsyn etter § 242a på et tidligere tidspunkt enn det bestemmelsene nå legger opp til.

En annen problemstilling er hvor mye av kjennelsen mistenkte og forsvareren skal få vite. De har krav etter § 52 å få vite at det foreligge en kjennelse, men skal de få vite hvilket alternativ som er anvendt? Hvis de får vite at påtalemyndigheten har påberopt seg bokstav a) i § 242a kan mistenkte lett skjønne at noe må ha tystet, og da kan det være en smal sak å finne ut hvem det måtte være. Dette taler for at de ikke skal få vite mer enn at kjennelsen finnes.

Ettersom det er en særskilt dommer som avgjør begjæringen får vi den situasjon at under hovedforhandling så vet ikke dommeren om innholdet i de tilbakeholdte opplysningene. Dersom saken skulle utvikle seg slik at grunnlaget for tilbakeholdelsen faller bort, for eksempel at det viser seg at opplysningene får betydning for tiltaltes forsvar, så kan han ikke vite dette.

Etter at tiltale er tatt ut har jeg vist at det finnes unntak fra innsynsretten også her. Men unntakene er langt mer begrenset enn på etterforskningsstadiet. Det som går igjen gjennom dette stadiet er at tiltalte skal få tilgang til alle opplysninger i saken. Unntakene her gjelder bare for et begrenset antall sakstyper og så fremt det er helt nødvendig og uten vesentlige betenkeligheter av hensyn til hans forsvar. Dette gir tiltalte i de aller fleste saker rett til full dokumentinnsyn. Den nye § 242a er en snever unntaksregel som er beregnet kun på spesifiserte områder. Redegjørelsen for unntakene gir svar på den andre hovedproblemstillingen som var hvor langt unntakene strekker seg.

5 Avslutning

5.1 Oppsummering

Oppgavens tema var mistenktes rett til dokumentinnsyn. Jeg har vist at det er kontradiksjonshensynet som i all hovedsak begrunner innsynsretten og at hovedreglene om full rett til innsyn er en grunnleggende rettssikkerhetsgaranti.

På etterforskningsstadiet er hovedregelen om mistenktes fulle rett til dokumentinnsyn begrenset fra flere sider. For det første må etterforskningen ha startet. De dokumenter som foreligger før politiet har kommet så langt, er det ikke innsynsrett i. For det andre er det bare "sakens dokumenter" mistenkte har innsyn i. Som jeg har vist er dette ikke nødvendigvis alle dokumentene som saken har brakt med seg. Enkelte dokumenter faller utenfor begrepet. Dette gir svar på den første hovedproblemstillingen om hva og når mistenkte har innsynsrett.

For det tredje er det flere unntak fra innsynsretten på etterforskningsstadiet. Det kan nektes innsyn dersom innsyn kan være til fare for etterforskningens øyemed eller for tredjemann og dersom riktes sikkerhet eller forhold til fremmed stat vil stå i fare. Innsyn kan videre nektes i de dokumenter som bare gjelder andre mistenktes forhold, og det kan nektes innsyn i opplysninger som vil føre til visse vitners identitet. Det også nektes innsyn i opplysninger fra kommunikasjonskontroll hvis innsyn vil kunne skade andre straffesaker. Hovedregelen er på dette stadiet med andre ord ikke ubetinget.

Som jeg har vist finnes det unntak fra innsynsretten også etter at tiltale er tatt ut, selv om unntakene er langt mer begrenset enn på etterforskningsstadiet. Det som går igjen gjennom dette stadiet er at tiltalte skal få tilgang til alle opplysninger i saken. Unntakene her gjelder bare for et begrenset antall sakstyper og så fremt det er helt nødvendig og uten vesentlige betenkeligheter av hensyn til hans forsvar. Dette gir tiltalte i de aller fleste saker rett til full dokumentinnsyn. Den nye § 242a er en snever unntaksregel som er beregnet kun på spesifiserte områder. Dette gir svar på den andre hovedproblemstillingen som var hvor langt unntakene fra innsynsretten strekker seg.

5.2 Rettspolitisk vurdering

På grunn av den senere tids utvikling er det interessant å se på de rettspolitiske sider av dokumentinnsynsretten. Helt fra straffeprosessloven trådte i kraft i 1981 har det vært rolig fra lovgivers side hva gjelder dokumentinnsynsrett, bortsett fra de siste fem årene. Reglene om anonym vitenførsel ble vedtatt i 2000 og den nye § 242a ble vedtatt i 2003. Spørsmålene jeg vil reise er hva som er de bakenforliggende årsakene til at lovgiver kommer med ytterligere unntak fra innsynsretten, og hvordan blir utviklingen fremover.

Når det gjelder det første spørsmålet er det slik jeg ser det, særlig to forhold som det er grunn til å se nærmere på. Det er for det første kriminalitetsbildet, og for det andre det økende presset på innsyn i påtalemyndighetens bakenforliggende opplysninger. Når det gjelder kriminalitetsbildet er det beskrevet i Ot.prp. nr. 64 (1998-99) om etterforskningsmetoder, Ot.prp. nr. 40 (1999-2000) om tiltak for å beskytte aktører i straffesaker mot trusler og represalier mv, og Ot.prp. nr. 24 (2002-2003) om begrenset adgang til dokumentinnsyn og bevisførsel. Her beskrives en stadig hardere og tøffere kriminell hverdag. Særlig de to siste beskriver at det er mye som tyder på at kriminelle i stadig større grad utøver vold eller truer med å utøve vold overfor de som har opplysninger i straffesaker. De sier videre at vi ikke kan akseptere at rettssamfunnets evne til å avdekke og bekjempe alvorlig kriminalitet svekkes fordi vitner ikke tør stå frem med det de vet.

Kriminalitetsbildet presser altså frem nye hensyn som må avveies mot behovet for innsyn. I de nye bestemmelsene har lovgiver under visse vilkår latt kontradiksjonshensynet vike for å beskytte vitner, politiets metoder og gjenbruk av polititjenestemenn som driver skjult etterforskning og samarbeidet med andre lands myndigheter. Lovgiver viser her vilje til å styrke kriminalitetsbekjempelsen og det kan nevnes fra en politisk innfallsvinkel at vi har hatt en borgerlig regjering med Odd Einar Dørum som justisminister fra 15. mars 1999 frem til i dag, med unntak fra 17.mars 2000 til 19. oktober 2001 da Arbeiderpartiet satt i regjering.

Det andre forholdet er presset på innsyn i påtalemyndighetens bakenforliggende opplysninger. Med bakenforliggende opplysninger mener jeg opplysninger som kommer fra politiets kilder og informanter, eller fra politiets spaningsvirksomhet og infiltrasjoner eller fra kommunikasjonskontroll etter kapittel 16a. Ofte fører slike

opplysninger til at politiet får kunnskap om det straffbare forhold og gjør dem i stand til å være ”på rett sted til rett til” som Riksadvokaten formulerte det i Ot.prp. nr. 24 (2002-2003) s. 29 høyre spalte. Denne type informasjon har politiet innhentet i lang tid, og spesielt i narkotikasaker. Det har lenge vært til dels akseptert i saker der slike metoder blir brukt, at straffesaken ikke starter før pågripelsen eller ransakingen finne sted. Informasjon før dette tidspunkt vedkom da ikke ”sakens” dokumenter, eller man sa at det ikke kom fra etterforskning, og opplysningene ble holdt utenfor innsynsretten. Kontrollen med politiets arbeid her falt da på den overordnede påtalemyndighet som krevde notoritet rundt virksomheten, men opplysningene forble interne dokumenter.

Dette gav påtalemyndigheten rom til selv å vurdere hvilke av disse opplysningene som skulle være gjenstand for innsyn fra mistenkte og forsvareren. Men det har gradvis blitt et økende press på innsyn her. Dette presset kommer fra to sider. Den ene siden er pressen. Pressens dekning av kriminalsaker er av og til voldsom. Journalister er mer pågående i sitt eget arbeid med å skaffe seg opplysninger i saken. Ikke sjelden blir vitner og andre kontaktet av journalister, og journalister har også sine egne kilder og informanter. Pressen kan sitte med en del av de opplysningene påtalemyndigheten har holdt unna saken. Det var slik forsvareren i heroinsaken fikk kjennskap til at politiet hadde drevet etterforskning i tiden før pågripelsen – han leste i avisen at pågripelsen var foretatt etter omfattende etterforskning. Forsvareren hadde ikke mottatt noen dokumenter om dette og da han fikk vite om det krevde han innsyn i disse opplysningene.

Dette bringer meg over til den andre siden presset på innsynsretten kommer fra, nemlig forsvareren. Forsvareren har inntatt en mer aktiv roll i sin forsvarergjerning. Tidligere holdt forsvareren seg gjerne passiv inntil hovedforhandlingen. Arne Gunnar Aas påpeker i sin artikkel *Aktiv forsvar* at dette kan ha sin årsak i økende bruk av varetektsfengsling og at domstolene i økende grad synes å være innstilt på oppnevning av forsvarer under etterforskningen på skjønnsmessig grunnlag etter § 100 annet ledd. Han trekker også frem at prinsippene om kontradiksjon og ”equality of arms” gjennom EMD stadig får mer betydning under hele straffesaksgangen. Når forsvareren kommer tidlig inn i saken er det også naturlig at han krever innsyn i alle opplysningene påtalemyndigheten har for mest mulig effektivt kunne ivareta sin klients interesser. Den aktive forsvarer vil også være mer kritisk til politiets etterforskning og han vil arbeide

for å fremskaffe supplerende eller alternative bevismateriale samt være mer bevisst i sitt forhold til pressen. Denne kontrollen med etterforskningen gjør at de bakenforliggende opplysningene påtalemyndigheten har blir interessante for forsvareren fordi han ønsker å kontrollere lovligheten av bevisinnhenting og han får behov for å selv vurdere om det er opplysninger der som kan tale til fordel for mistenkte og særlig om det har vært brukt ulovlig provokasjon.

Presset på disse opplysningene, særlig fra forsvareren, har ført til en del rettspraksis der domstolen blant annet har måtte ta stilling til hva som er "sakens dokumenter". Det har altså blitt en dreining fra å være påtalemyndighetens kompetanseområde til å bli domstolskontrollert. Den nye § 242a viser også dette. Den overlater til domstolene å ta stilling til innsynsretten i de "opplysninger som påtalemyndigheten ikke vil påberope som bevis i saken" under gitte vilkår. Slik jeg ser det griper de her inn i det som tidligere var påtalemyndighetens område. Påtalemyndigheten har en objektivitetsplikt og kan ikke holde tilbake opplysninger som vil være til gunst for mistenkte. Det kan til en viss grad se ut til at § 242a forutsetter at en del bakenforliggende opplysninger tilkommer sakens dokumenter.

Situasjonen fører til at domstolen blir dratt mer inn i etterforskningen. Etter § 272a er det en særskilt dommer som skal ta avgjørelsen om nektelse av dokumentinnsyn etter § 242a. Det rettspolitiske spørsmålet er om dette er første steg i retning av en mer omfattende domstolskontroll med politiets hemmelige etterforskning. Skal det bli slik at en særskilt dommer, eller en offentlig oppnevnt advokat etter prinsippet i § 100a, skal være med i bilde gjennom hele etterforskningen og "overvåke" at den går rett for seg? Innsynsretten og særlig § 242a kommer antageligvis til å bli gjenstand for en hel del rettspraksis i tiden fremover, men hvor langt vi kommer til å gå i regler for å sette kontradiksjonshensynet til side for andre hensyn er mer usikkert. EMD vil her komme til å spille en stor rolle. Det som i alle fall er sikkert er at mistenktes rett til dokumentinnsyn er et rettsområde i bevegelse.

6 Litteraturliste

Bøker:

All, Jørgen, *Rettergang og menneskerettigheter*. Bergen, 1995

Andenæs, Johs. *Norsk straffeprosess*. 2.utg. Oslo, 1995

Bjerke, Hans Kristian. *Straffeprosessloven Kommentarutgave*. Hans Kristian Bjerke og Eirik Keiserud. 3. utg. Oslo, 2001

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 4.utg. ved Jan E. Helgesen. Oslo, 1997

Frihagen, Arvid. *Offentlighetsloven*. Bind I. 3. utg. Bergen, 1994

Hov, Jo. *Rettergang I og II*. Oslo, 1999

Møse, Erik. *Menneskerettigheter*. Oslo, 2002

Artikler m.m:

Aas, Gunnar, *Aktiv Forsvarer*. 2001

Andersen, Kjell V. *Mistenktes rett til dokumentinnsyn på etterforskningsstadiet*. I: Lov og Rett 2000 nr. 1

Fagernes, Sven Ole med flere, *Informasjonsutveksling mellom norske og utenlandske etterretnings- og sikkerhetstjenester*. Oslo, 2004